Série A No. 52

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

L'EXPLOITATION D'UN FONDS DE COMMERCE PAR LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue

par

JULES WEIL

Lauréat de la Faculté de Droit de Strasbourg
Avocat au barreau de Strasbourg

Jury de la Thèse:

Président: M. NAST, professeur

Suffragants: MM. RADOUANT, professeur
CABY, professeur

IMPRIMERIE BLOCH & JACOB
STRASBOURG

Série A No. 52

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

L'EXPLOITATION D'UN FONDS DE COMMERCE PAR LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue

par

JULES WEIL

Lauréat de la Faculté de Droit de Strasbourg

Avocat au barreau de Strasbourg

Jury de la Thèse:

Président: M. NAST, professeur

Suffragants: MM. RADOUANT, professeur; CABY, professeur

IMPRIMERIE BLOCH & JACOB

STRASBOURG

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Abréviations

Art.	Article
B. G. B.	Code civil allemand, Bürgerliches Gesetzbuch.
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pr. civ.	Code de procédure civile.
C. pr. civ. l.	Code de procédure civile locale
C. pén.	Code pénal
D.	Dalloz, recueil périodique
D. H.	Dalloz, recueil hebdomadaire
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
H. G. B.	Code de commerce allemand, Handelsgesetzbuch.
J. O.	Journal officiel.
Niboyet	Répertoire de droit et de jurisprudence d'Alsace et de Lorraine, publié sous la direction de M. Niboyet.
Rev. jur. Als.Lorr.	Revue juridique d'Alsace et de Lorraine.
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
Req.	Cour de Cassation, chambre des requêtes.
S.	Recueil général des lois et arrêts, Sirey.
Z. P. O.	Code local de procédure, Zivilprozessordnung.

Introduction

Que de fois on entend de jeunes médecins, chimistes ou mathématiciens s'étonner du fait que les thèses juridiques portent souvent sur des sujets qui ont été déjà traités maintes fois auparavant. Un avis pareillement émis est presque toujours téméraire, car son auteur ne s'est pas donné la peine de lire et de comparer les ouvrages traitant le même sujet. La nouvelle maladie ou le nouveau remède d'une ancienne maladie dont parle le médecin dans son ouvrage, la découverte d'un procédé original pour l'obtention d'un produit chimique, la solution élégante d'un problème de mathématiques ont tous leurs pendants et leurs équivalents dans le domaine du droit.

Le sujet que nous avons choisi a déjà été traité magistralement tant dans des ouvrages généraux que dans des ouvrages spéciaux. La jurisprudence, essentiellement évolutive, ne s'est cependant pas laissé emprisonner dans les cadres qui lui étaient assignés par la doctrine; elle est mobile comme le mercure et ne peut être retenue dans ses mouvements. La mobilité de la jurisprudence subit toutefois une importante entrave, chaque fois que les chambres réunies de la Cour suprême ont à trancher une question qui, avant cet arrêt solennel, était non seulement controversée, mais avait reçu des solutions contradictoires. Dans de pareilles hypothèses, nous assistons à un phénomène des plus intéressants du domaine juridique se manifestant par la naissance de théories diverses, jusqu'au jour où la Cour de Cassation par une décision définitive met fin au trouble qui avait régné dans la pratique jurisprudentielle.

Au cours de notre travail, nous nous efforcerons de mettre en lumière les solutions données par les tribu-

naux, pour faire ressortir le grand rôle de la jurisprudence qui est une « véritable source de vie juridique », qui est le « droit en action » [1]). Dans le domaine des droits de la femme mariée, nous avons l'exemple le plus classique de la force créatrice de la jurisprudence, nous voulons parler de la théorie bien connue du mandat tacite. Les auteurs sont en général d'accord pour reconnaître les bienfaits d'une action jurisprudentielle sainement appliquée, car elle arrive à combler d'une façon heureuse les lacunes inévitables de la loi écrite. Aussi sommes-nous étonné d'une solution jurisprudentielle à laquelle nous aurons à consacrer plus loin quelques développements [2]) et qui, loin d'adapter les prescriptions juridiques aux besoins de la vie, contrevient nettement aux exigences pratiques. Une jurisprudence récente annule en effet la clause de conservation d'un fonds de commerce propre, insérée dans le contrat de mariage au profit du conjoint survivant non propriétaire du fonds, à charge par lui de verser à la succession la valeur estimative. L'annulation de cette clause que l'on trouvait dans un grand nombre de contrats de mariage et dont l'utilité est indiscutable, a jeté le trouble dans le milieu des commerçants aussi bien que dans celui des juristes et a notamment ému les notaires. Le défenseur le plus ardent de la théorie de la nullité de cette clause dite commerciale, le savant professeur M. Henri Capitant, reconnaît implicitement lui-même que la solution est « regrettable » [3]). Pour soutenir la nullité de cette clause, la jurisprudence se base sur le principe de la prohibi-

1) Cf. Marcel Nast, « La Fonction de la Jurisprudence dans la vie juridique française » (Conférence faite à l'Université de Strasbourg, le 9 décembre 1921), Strasbourg, 1922.

Cf. Mornet, « Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile », thèse, Paris, 1904.

2) Voir *infra*, III. partie, chap. III.

3) « Quelles que soient les objections présentées contre cette solution par les journaux et revues du notariat, si regrettable qu'elle soit, elle nous paraît en droit fort bien fondée ». Note de M. Henri Capitant sous l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 15 décembre 1922, D. 1923. 2. 1 col. 1.

tion des pactes sur succession future, édicté par le code Napoléon, mais qui a perdu depuis 1804 en grande partie sa raison d'être. Dès le début de notre travail, nous avons tenu à signaler cette exception curieuse à la technique habituelle suivie par la jurisprudence qui consiste à adapter les dispositions légales aux nécessités modernes. Nous aurons plus loin l'occasion d'examiner les raisons tant pratiques que juridiques qui militent en faveur de la validité de la clause attributive d'un fonds de commerce. Comme la Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur cette théorie controversée, qui a des partisans et des adversaires convaincus, nous pouvons espérer que la jurisprudence, sur ce point aussi, suivra la tradition qui lui confie une fonction d'adaptation.

Du temps de la rédaction de notre code civil, la clause de conservation ne pouvait guère avoir l'importance qu'elle a aujourd'hui, puisque les fonds de commerce n'avaient pas encore le développement qu'ils ont au vingtième siècle et que les femmes n'étaient pas commerçantes en si grand nombre que de nos jours. Un siècle a cependant suffi pour changer complètement la situation, pour émanciper la femme et pour lui faire reconnaître des droits dont les plus intéressants sont ceux de la loi du 13 juillet 1907 [4]).

La femme mariée a de plus en plus perdu son rôle de subordonnée et la tendance est apparue dans la loi de la placer au même niveau que le mari. Rappelons la loi du 20 juillet 1895 qui a reconnu à la femme mariée le droit, quel que soit son régime matrimonial, de prendre un livret de caisse d'épargne à son nom, sans l'assistance de son mari et d'en retirer le montant sans cette assistance. Signalons la loi du 12 mars 1920, aux termes de laquelle les femmes mariées ont le droit, sans autorisation aucune, de devenir membres des syndicats professionnels et de participer à leur administration et à

4) Voir sur l'historique de la femme mariée commerçante: Paul Guibal, « La femme mariée commerçante », thèse, Paris, 1920, p. 11-60.

leur direction. Une loi récente a proclamé l'égalité des droits des deux époux dans une matière touchant spécialement la famille: la loi du 17 juillet 1927 a supprimé la règle de l'article 148 du code civil, suivant laquelle le consentement du père suffit pour le mariage du fils ou de la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis; dorénavant, le « partage emporte consentement », même si le père met son veto au mariage.

Non seulement l'incapacité résultant du mariage a subi des atténuations, mais l'incapacité *propter sexum* a presque complètement disparu. C'est ainsi que la loi du 8 février 1922 a abrogé l'article 113 du code de commerce, aux termes duquel « La signature des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques sur lettres de change ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse ». Dans un autre domaine encore, une incapacité *propter sexum* a cessé d'exister. L'article 442 du code civil excluait les femmes, autres que la mère et les ascendantes, de la fonction de tutrices et de membres du conseil de famille. La loi du 2 juillet 1907 a apporté à cette règle une dérogation en faveur de la tutelle des enfants naturels et la loi du 20 mars 1917 a entièrement supprimé cette incapacité qui n'avait aucune justification légitime.

Le vingtième siècle et surtout la période qui suit la grande guerre se caractérise par sa tendance vers l'égalité des sexes. Ce principe a même été consacré formellement par la nouvelle constitution de l'Allemagne du 11 août 1919 qui s'exprime ainsi : « Sie (die Ehe) beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter » [5]).

L'accroissement des droits de la femme mariée, spécialement de ceux qui portent sur ses salaires et ses bénéfices a eu pour conséquence fatale l'augmentation de la main-d'œuvre féminine. Pour s'en convaincre, il

5) Cf. Schellack Gerhard, « Der Umfang des Vorbehaltsgutes der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande des B. G. B. », Würzburg, 1926, thèse, p. 9.

suffit de jeter un coup d'œil sur les statistiques fournies par les recensements.

La comparaison des chiffres d'avant-guerre avec ceux d'après-guerre ne peut utilement servir qu'en tenant compte du fait que les recensements d'après-guerre ont porté aussi sur les habitants des trois départements recouvrés du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Pour le moment, nous ne prendrons donc en considération que les chiffres se rapportant aux quatre-vingt-sept départements de l'ancienne France, quitte à envisager plus loin les mouvements en Alsace et en Lorraine.

La population active totale, les deux sexes réunis, comprenait

en 1906 ..... 20.720.879 individus
et en 1921 ..... 20.843.805 personnes [6]).

Nous enregistrons donc une légère augmentation peu importante de l'élément actif, de 120.000 personnes environ. Par contre, le mouvement de la population active examinée selon le sexe est intéressant à observer:

	Sexe masculin	Sexe féminin
1906	13.027.467	7.693.412
1921	12.530.670	8.313.135

Tandis que population active masculine a diminué en quinze années, par suite des effets de la guerre, d'environ un demi-million, le nombre des femmes s'adonnant à un travail lucratif a augmenté dans la même période de plus de six cent mille.

Voici maintenant quels sont les chiffres relatifs aux personnes dont l'activité est consacrée au commerce et à la banque:

	en 1906	en 1921
Les deux sexes réunis	2.002.681	2.171.640
Sexe masculin	1.231.701	1.214.530
Sexe féminin	770.980	957.110

6) Cf. Bulletin de la Statistique générale de la France et du service d'observation des Prix, tome XV, octobre 1925—juillet 1926, p. 411.

Il ressort de ce qui précède que la population active totale n'a augmenté que de 120.000 personnes, tandis que le nombre de ceux qui se vouent au commerce et à la banque s'est accru d'environ 170.000. Le tableau ci-devant nous apprend aussi qu'il y a, en 1921, près de 200.000 femmes qui sont actives dans cette branche en plus qu'en 1906, ce qui représente un tiers de l'augmentation totale de la population active féminine.

Il est particulièrement intéressant de connaître la répartition des chiffres selon la situation des individus dans le commerce et la banque. Voici ces indications, d'après le recensement de 1921:

Chefs d'établissement	Employés	Ouvriers	Chômeurs	Isolés
1. *Sexe masculin*				
342.674	486.937	186.105	25.896	216.959
2. *Sexe féminin*				
265.562	349.634	62.257	16.301	301.205

Les femmes commerçantes ne peuvent figurer que sous les deux rubriques « chefs d'établissements » et « isolées », qui comprennent au total 566.766 personnes du sexe féminin. Parmi elles, il existe d'une part un certain nombre de femmes commerçantes, mais célibataires et d'autre part un certain nombre de femmes mariées, mais qui — tout en figurant comme chefs d'établissement ou isolées dans les statistiques des recensements — ne sont pas marchandes publiques au sens de la loi, parce que les conditions prévues par le code de commerce ne sont pas remplies. En déduisant ces deux catégories de femmes du chiffre global de 566.766, on arrivera à un nombre représentant les femmes mariées

commerçantes et qui restera bien en dessous d'un demi-million [7]).

Dans les études d'après-guerre, on fait en général une place à part à deux régions de notre pays, ce sont d'un côté les régions libérées [8]) et de l'autre les trois départements recouvrés.

Les dix départements des régions libérées ont eu particulièrement à souffrir de la grande guerre et il est intéressant de mentionner la proportion de femmes actives dans le commerce et la banque. Sur 10.000 habitants du sexe féminin, il y avait en 1906 391 femmes actives dans cette branche et en 1921 436 femmes. Cette augmentation gagne en importance, si on signale que le nombre global des femmes actives sur 10.000 habitants du sexe féminin est tombé de 3.325 en 1906 à 3.102 en 1921 [9]).

Dans l'étude comparative des statistiques de la France, nous avons écarté tout à l'heure les résultats des recensements concernant l'Alsace et la Lorraine, dans l'intérêt de la clarté de l'analyse. Il nous reste donc à examiner maintenant dans quelle mesure le retour des trois départements à la mère-patrie a changé le tableau présenté plus haut. L'Alsace et la Lorraine ont fait à la France un apport de 876.799 éléments actifs dont 37.848 femmes travaillant dans la branche commerciale et bancaire. Dans ce dernier domaine, on constate de notables mouvements entre les recensements de 1907

7) Le décompte des femmes mariées commerçantes d'après les registres du commerce institués par la loi du 18 mars 1919 donnerait des indications plus précises; mais ce travail d'addition qui a été fait pour les diverses formes de sociétés n'a pas encore été entrepris pour connaître le nombre des femmes commerçantes. Il faut d'ailleurs dire que le registre du commerce n'ayant pas force probante, ne nous donnerait aussi que des indications approximatives.

8) On entend par régions libérées les dix départements suivants: Nord, Pas-de-Calais, Somme, Oise, Aisne, Ardennes, Meuse, Meurthe-et-Moselle, Vosges et Marne.

9) Cf. Marcel de Ville-Chabrolle, « La population active des régions libérées en 1906 et en 1921 », dans le Bulletin de la Statistique précité, p. 69.

(recensement allemand) et de 1921 et qui ressortent du tableau ci-après [10]):

	Bas-Rhin		Haut-Rhin		Moselle	
	1907	1921	1907	1921	1907	1921
Chefs d'établissements et Isolées	3.158	7.868	2.084	5.485	2.405	6.382
Employées	431	6.799	129	4.118	126	4.286
Ouvrières	8.246	1.323	5.452	613	7.818	504

Le nombre des femmes qui sont à la tête d'une exploitation commerciale ou bancaire a plus que doublé de 1907 à 1921 dans chacun des trois départements et à cette dernière date, il en existait en Alsace et en Lorraine 19.735, c'est-à-dire un peu plus que la moitié de la population féminine occupée dans cette branche et qui était en 1921 de 37.848. Cette proportion est d'ailleurs la même que pour la France entière, où sur 957.110 personnes du sexe féminin travaillant dans le commerce et la banque, 566.766 femmes sont des chefs d'établissements ou des isolées.

En somme, l'examen des statistiques nous apprend que ces dernières années, la main-d'œuvre féminine a augmenté dans d'importantes proportions et qu'en ce qui concerne plus spécialement la branche commerciale, l'accroissement de l'élément féminin est à observer beaucoup plus parmi les employés que parmi les commerçants.

Situation spéciale, avons-nous dit, pour les régions libérées et les départements recouvrés. Ces deux régions ont rendu nécessaire un examen particulier des statistiques, mais les trois départements réannexés de-

10) Cf. Comptes rendus statistiques publiés par le Commissariat général de la République, Office de statistique d'Alsace et de Lorraine, 1923, Fascicules 10, 11, 12, p. 67.

mandent encore en plus une étude spéciale pour maintes questions juridiques. Les deux lois d'introduction du 1er juin 1924 ont mis en vigueur en Alsace et en Lorraine à partir du 1er janvier 1925 les lois civiles et commerciales françaises, abolissant ainsi, sauf exception, les dispositions des B. G. B. et H. G. B. allemands. La législation germanique est suffisamment divergente de la législation française, pour que leur substitution ait donné lieu à de profonds changements. On conçoit facilement, pour ne citer qu'un exemple, le bouleversement provoqué par le remplacement de la capacité de la femme mariée par son incapacité. Dans la nuit du 31 décembre 1924 au 1er janvier 1925, toutes les femmes mariées alsaciennes et lorraines ont été frappées d'incapacité, mais on a tenu compte des situations de fait et de droit existantes et pratiquement la transition s'est opérée sans trop de difficultés. Certaines institutions du droit local ont été maintenues en vigueur, à raison de leur utilité reconnue; c'est ainsi que le registre matrimonial continue à fonctionner en Alsace et en Lorraine et nous aurons l'occasion, au cours de notre étude, de constater quel rôle il remplit. Dans les départements recouvrés, nous sommes particulièrement bien placés pour apprécier les institutions du droit allemand et celles du droit français, car nous y avons connu les deux législations en vigueur [11]).

Au cours de notre travail, nous ne manquerons pas de signaler les particularités relatives à la situation de la femme mariée commerçante en Alsace et en Lorraine. Nous n'hésiterons pas non plus, chaque fois que l'intérêt de l'étude l'exigera, de faire une incursion dans le domaine du droit comparé. En ce qui concerne le droit français en général, nous l'examinerons avant tout sous la lumière de la jurisprudence, sans négliger évidemment les théories émises par la doctrine.

11) Cf. « L'esprit national dans les lois françaises et allemandes », Conférence faite par M. Fleurent, à Strasbourg, 1928.

L'activité commerciale de la femme mariée peut s'exercer de diverses façons, et chacun des aspects correspond à une situation juridique différente. Cette question ainsi que l'examen des conditions à remplir par la femme mariée pour être marchande publique au sens de la loi feront l'objet de la première partie de notre travail. La deuxième sera consacrée à l'étude des effets de l'exploitation d'un fonds de commerce par la femme mariée commerçante sous le régime de la communauté, ce qui nous permettra d'analyser les répercussions des actes de la femme sur les biens communs, sur ceux du mari et sur ceux lui appartenant en propre, tant au point de vue actif que passif; nous y examinerons aussi les droits et pouvoirs de chacun des époux sur le fonds de commerce exploité par la femme. Enfin dans une troisième partie, nous serons amenés à parler de la conservation du fonds de commerce par la femme après la dissolution de la communauté et à étudier la clause commerciale. Nous terminerons ce travail par l'indication de quelques propositions de réforme législative dont la réalisation serait souhaitable.

Première Partie

LES DIFFERENTS ASPECTS ET LES CONDITIONS JURIDIQUES DE L'ACTIVITE COMMERCIALE DE LA FEMME MARIEE

L'article premier du code de commerce déclare commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. La femme mariée exploitant un fonds de commerce n'acquiert cependant la qualité de marchande publique que lorsque son activité s'exerce dans des circonstances spéciales qui, faute d'être précisées par le législateur, sont appréciées souverainement par la jurisprudence. Dès le début de cette étude, nous trouvons donc un premier exemple du rôle qui incombe au juge en droit français, ainsi que nous l'avons signalé dans l'introduction. Pour cette question de savoir sous quelle forme le commerce doit être exercé par la femme mariée, afin que celle-ci ait la qualité de commerçante, la jurisprudence nous fait assister à une évolution de ses décisions dont nous nous efforcerons de dégager les idées directrices. La matière est délicate et nous verrons que la jurisprudence, actuellement encore, n'est point fixée d'une façon absolument définitive.

Après avoir examiné les différents aspects, sous lesquels l'activité commerciale de la femme mariée peut se déployer, nous étudierons les conditions et les formalités prévues et exigées par la loi pour que la femme mariée puisse exploiter un fonds de commerce en qualité de marchande publique.

CHAPITRE PREMIER

LES DIFFERENTS ASPECTS DE L'ACTIVITE COMMERCIALE DE LA FEMME MARIEE

Dans la pratique, l'exploitation d'un fonds de commerce par une femme mariée revêt en général toujours la même forme, à savoir l'achat et la vente de marchandises. Ces opérations, accompagnées de la tenue de la comptabilité, de l'établissement des factures, du paiement des fournisseurs et autres ne peuvent intervenir dans notre question qu'indirectement et dans la mesure que nous verrons plus loin.

Pour le moment, c'est du point de vue juridique que les formes de l'activité commerciale de la femme mariée doivent être envisagées. Les articles 220 du code civil et 5 du code de commerce semblent admettre que l'exploitation du fonds de commerce par un femme ne peut se présenter que sous deux aspects: ou bien elle est marchande publique ou bien elle détaille les marchandises du commerce de son mari. Ces deux hypothèses ne sont cependant que deux cas extrêmes entre lesquels viennent se placer deux autres situations, celle du mari subordonné à la femme commerçante et celle des deux conjoints commerçants. Les époux choisissent même quelquefois une cinquième forme qui, bien qu'entâchée de nullité, devra retenir également notre attention, c'est l'exploitation du fonds de commerce en société.

Section I

La femme préposée de son mari commerçant

La situation la plus humble de la femme, celle où elle est la subordonnée du mari et où le mouvement vers l'indépendance se fait le moins sentir du point de vue

juridique, c'est incontestablement la position de préposée dans le commerce du mari. Les actes qu'elle passe sont faits au nom et pour le compte du mari, sans qu'ils engagent les biens personnels de la femme [1]). Celle-ci peut sans doute être tenue en sa qualité de commune en biens [2]), mais en aucun cas directement. Les créanciers commerciaux ne pourront valablement assigner la femme préposée et les tribunaux ne pourront pas prononcer de condamnation contre elle [3]). Comme elle ne possède pas la qualité de commerçante, elle ne peut être déclarée en faillite ni en liquidation judiciaire [4]), avec la restriction cependant qu'en Alsace et en Lorraine la mise en faillite civile pourrait être requise contre elle [5]). Une pareille demande devra être portée devant les tribunaux civils [6]) qui sont seuls compétents pour trancher les procès dirigés contre la femme préposée [7]). N'étant pas marchande publique, tout engagement écrit émanant de sa part devra porter, pour être valable et régulier, la mention « bon ou approuvé », ainsi que l'article 1326 du code civil le prévoit.

Le principe que la femme détaillant les marchandises du commerce de son mari, oblige ce dernier, comporte nécessairement une limite, c'est que les actes passés par la femme préposée rentrent dans le cadre du

1) Ch. Lyon-Caen et L. Renault, Traité de Droit commercial, 5e édition, p. 336, N° 269.

2) Douai, 21 novembre 1849, D. 1850. 5. 315.

3) Trib. com. Le Havre, 10 juillet 1922, Rec. du Hâvre 1922. 1. 132. — Gaz. Pal. Tables 1920 — 1925, sous Commerçant, p. 306, N° 47; Cass. 19 janvier 1881, S. 1882. 1. 158; Cass. 11 août 1884, S. 1884. 1. 416.

4) Cass. 27 janvier 1875, S. 1875. 1. 112; Dijon, 22 décembre 1875, S. 1876. 2. 79; Bastia, 30 mars 1892, S. 1894. 2. 71; Montpellier, 5 mai 1906, S. 1908. 2. 6; Trib. com. Marseille, 5 juillet 1928, Rec. Marseille 1928. 1. 281.

5) Art. 22 et 23 de la loi du 1er juin 1924, mettant en vigueur les lois commerciales françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle.

6) Niboyet, Répertoire pratique, Supplément de 1925, sous Faillite civile.

7) Lyon, 1er février 1893, Gaz. Pal. 1892-1893; Civ. 10 mai 1882, S. 1882, 1. 352, D. 1883. 1. 112.

commerce [8]). Abstraction faite de cette réserve, la règle est appliquée par les tribunaux et les cours avec une tendance plutôt extensive. En pratique, la femme détaillant les marchandises a des pouvoirs beaucoup plus étendus qu'un gérant d'un fonds de commerce même ; cette forme de l'activité commerciale de la femme mariée tient son caractère spécial du lien matrimonial qui unit la préposée et le commerçant. Sans que le mari ait donné à sa femme une procuration, un mandat ou une autorisation d'accepter des lettres de change ou des billets à ordre, la jurisprudence a tendance à admettre la validité de ces effets, dans la mesure où ils ont été signés dans l'intérêt du commerce. C'est ainsi que la Cour d'Appel de Grenoble a inséré, dans un arrêt récent, le considérant suivant: « Qu'il est aujourd'hui de jurisprudence que la femme mariée qui concourt à l'exploitation effective du fonds de commerce commun est censée avoir reçu, du chef de la communauté, le mandat tacite de le suppléer, notamment dans l'acceptation des lettres de change et mandats à ordre » [9]). Le tribunal de Melle ayant eu à statuer dans une espèce où le mari commerçant était souvent absent, où la femme avait l'habitude de remplacer son époux dans les actes journaliers, mais où elle n'avait pas reçu procuration, a admis que la signature de la femme engageait valablement le mari en vertu d'un mandat tacite ou d'une autorisation maritale [10]).

La jurisprudence qu'invoque la Cour de Grenoble dans son arrêt n'est cependant pas aussi constante qu'on peut être amené à le supposer, en lisant le considérant

8) Paris, 11 novembre 1885, La Loi, N° du 26 novembre 1885. Voir cependant la réserve un peu plus loin, en cas d'acceptation bancaire.

9) Grenoble, 10 février 1928, Gaz. Pal. 1928. 1. 435 avec références de jurisprudence conforme à cet arrêt. Comp. Trib. com. Lyon, 29 juin 1925, Gaz. Pal. 1926. 1. Table analytique sous Autorisation, p. 22, N° 1.

10) Trib. civ. Melle, 24 juin 1922, La loi du 12 août 1922, Gaz. Pal. Tables 1920—1925 sous Commerçant, p. 306, N° 49.

reproduit ci-dessus. La Cour de Paris [11]) notamment n'admet pas que le concours de la femme mariée à l'exploitation effective du fonds de commerce suffise pour que la femme soit censée avoir reçu du mari le mandat de le suppléer dans l'acceptation de traites. Elle a infirmé un jugement du tribunal de commerce de la Seine [12]) dans une espèce qui s'est présentée de la façon suivante: Une femme mariée, exploitant en commun avec son mari un fonds de commerce, a accepté une traite pour le montant de laquelle un tiers porteur a assigné les deux époux. Le tribunal de la Seine, sans se prononcer sur la question de savoir si la femme a pu signer valablement l'effet de commerce sans autorisation maritale, a considéré ce moyen comme inopposable au tiers porteur et a condamné les époux solidairement au paiement du montant de la traite. En appel, les magistrats n'ont pas été de l'avis des premiers juges et ont commencé par distinguer nettement les deux questions de l'opposabilité de l'exception au tiers porteur et de la validité de la signature de la femme.

D'une part, la nullité du titre peut être opposée au tiers porteur, parce qu'il s'agit d'une exception tirée de l'incapacité des personnes. Si l'exception était purgée par l'endossement, la protection dont la loi veut faire bénéficier les incapables, serait complètement illusoire, car il suffirait de négocier la traite pour éviter la nullité du titre. Sur ce point, la Cour de Paris a suivi l'opinion généralement admise en doctrine [13]) et en jurisprudence [14]).

D'autre part, la Cour a estimé que l'exploitation en commun du fonds de commerce ne constitue pas une

11) Paris, 10 novembre 1925, D. 1926. 2. 140.

12) Trib. com. Seine, 10 février 1925, D. 1926. 2. 139 avec note signée H. L.

13) Chéron, Eléments de droit commercial, Paris 1919, p. 125, N° 212; Ch. Lyon-Caen et L. Renault, op. cit., t. 4, p. 424, note 1; Lacour et Bouteron, Précis de droit commercial, t. 2, N° 1291.

14) Comp. Paris, 17 juillet 1894, D. 1895. 2. 25 et la dissertation de M. Thaller; 27 avril 1896, D. 98. 2. 257.

présomption que le mari a autorisé sa femme à munir des traites de l'acceptation. La Cour de Paris admet évidemment la possibilité de l'autorisation tacite par le mari, mais elle se refuse à la déduire de la collaboration des deux conjoints dans le même commerce; elle déclare en effet dans ses attendus « qu'il n'appert d'aucun des éléments produits que la dame G..... ait été autorisée par son mari, soit expressément, soit tacitement, à signer ladite lettre de change ».

Un jugement du tribunal commercial du Havre [15]) semble aller encore beaucoup plus loin sur ce terrain et ne voit pas l'existence d'une autorisation tacite de souscrire des acceptations bancaires dans le fait que la femme détaille les marchandises, tient la comptabilité et donne même quittance contre paiement. Il est vrai que dans l'espèce dont le tribunal du Havre était saisi, il s'agissait d'acceptations données par complaisance et n'ayant pas pour cause des achats relatifs au commerce du mari. Mais ce qui nous intéresse ici, c'est le principe duquel le tribunal est parti et qui est celui posé par la Cour de Paris dans l'arrêt cité ci-dessus.

De quel côté faut-il se ranger ? Il est indéniable que l'intérêt des tiers réclame la validité des acceptations bancaires souscrites par la femme. Celle-ci, par hypothèse, déploie son activité dans le commerce de son mari, y détaille les marchandises, tient la comptabilité, donne quittance contre paiement, remplace son mari absent. Juridiquement la théorie du mandat tacite trouve ici son application et a été suivie par la majorité des décisions judiciaires [16]).

15) Trib. com. Le Havre, 8 décembre 1926, Rec. du Havre, 1926. 1. 260, Gaz. Pal. 1927. 1. Table analytique sous commerçant, p. 44, N° 5.

16) Nîmes, 11 août 1851, D. 54. 5. 57; Lyon, 3 février 1882, Gaz. Pal. 1882. 2. 47; 23 avril 1884, Gaz. Pal. 1884. 2. suppl. 187; 4 novembre 1887, Gaz. Pal. T. Q. 1887—1892, V° Effets de commerce N° 154; Toulouse, 29 novembre 1909, Gaz. Pal. 1910. 1. 255.

La jurisprudence n'aura même pas à s'arrêter le plus souvent devant la considération que la femme a accepté une traite pour des besoins ne rentrant pas dans le commerce du mari. Du moment que celui-ci ne proteste pas dès qu'il en a eu connaissance, contre l'acceptation par sa femme de traites non afférentes à son commerce, les tribunaux doivent faire produire à ces lettres de change leur plein et entier effet, en admettant la ratification tacite par le mari conformément à l'article 1998 du code civil [17]).

La forme juridique de préposée du mari n'a pas seulement des conséquences importantes dans le domaine civil, mais aussi dans le domaine pénal. C'est ainsi qu'il a été jugé que la femme qui se borne à détailler les marchandises du commerce de son mari et qui n'est donc pas, aux termes de l'article 5 du code de commerce, « réputée marchande publique », ne saurait être condamnée pour défaut d'affichage des prix, par application du décret du 13 août 1919 [18]). De même une infraction commise à la loi du 15 février 1898 relative au commerce de brocanteur ne saurait être poursuivie à l'encontre de la femme mariée détaillant les marchandises du commerce de son mari [19]). Dans ces hypothèses, il s'agit d'infractions à des prescriptions visant spécialement et uniquement les commerçants et ne pouvant pas s'appliquer à des non-commerçants. Il est évident que si la femme préposée commettait dans l'exercice de ses occupations professionnelles dans le

17) Grenoble, 10 février 1928, Gaz. Pal. 1928. 1. 435.

18) Trib. corr. Dijon, 22 janvier 1921, Rec. Dijon, 1921. 29, Gaz. Pal. Tables 1920—1925 sous commerçant, p. 306, N° 50.

19) Trib. corr. Saint-Sever, 23 mars 1900, Le Droit N° du 26 juin 1900. Contra: Caen, 14 juin 1906 (S. 1907. 2. 44), mais avec le motif que « la loi de 1898 est une loi de police d'un caractère général ». — La femme préposée pourrait être poursuivie comme complice par aide ou assistance. V° Le Poittevin, Dictionnaire-Formulaire des Parquets, V° Brocanteur N° 4. — La Chambre correctionnelle du tribunal de I^re^ Instance de Strasbourg, par jugement en date du 25 juin 1930, a acquitté la femme préposée d'un brocanteur et a condamné celui-ci à une amende de 16 fr. pour infraction à la loi du 15 février 1898.

commerce de son mari un délit de droit commun, elle en répondrait pénalement; ainsi par exemple, la femme qui, dans l'exploitation d'un débit de boissons, servirait à un client un liquide corrosif au lieu d'une boisson et causerait ainsi une blessure au client, ferait à juste titre l'objet de poursuites pénales pour blessures involontaires. Cette action pénale dirigée contre la femme n'empêche d'ailleurs pas que le mari soit responsable civilement du préjudice ainsi causé par sa préposée à une tierce personne [20]).

L'aspect de l'activité commerciale de la femme mariée que nous venons de décrire, est le moins intéressant du point de vue qui nous occupe, mais c'est celui que l'on rencontre le plus fréquemment dans le moyen et le petit commerce. Il peut se présenter dans toute exploitation de fonds de commerce, peu importe quel est le propriétaire de ce dernier. Le rôle de la femme mariée comme préposée se conçoit fort bien dans le commerce appartenant en propriété au mari; il en est de même encore lorsque le fonds de commerce est un bien de communauté. Ce rôle est un peu plus difficile à imaginer, lorsque le fonds de commerce est un propre de la femme, mais il peut très bien exister même dans cette hypothèse. En effet, aux termes de l'article 1428 du code civil, le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme; en se chargeant de l'exploitation du fonds de commerce appartenant à sa femme, il acquiert la qualité de commerçant [21]) et la femme ne fait que détailler les marchandises.

Abstraction faite des quelques particularités signalées ci-dessus, la situation juridique de la femme mariée n'est point modifiée par l'activité commerciale exercée sous la forme de préposée du commerce de son mari.

20) Paris, 6 décembre 1917, D. 1919. 2. 43.

21) Planiol et Ripert, Traité pratique de Droit civil français, t. VIII, par Nast, N° 605.

Il n'en est point de même, lorsque la femme mariée exploite un fonds de commerce en qualité de marchande publique. L'incapacité légale de la femme mariée est alors réduite à très peu de choses et les effets de la qualité de commerçante sont multiples. Nous étudierons cette question dans la deuxième partie de notre travail et nous abordons maintenant les deux hypothèses intermédiaires entre la femme préposée et la femme commerçante.

Section II

Le mari préposé dans le commerce de sa femme. Les deux conjoints commerçants dans le même fonds de commerce.

Les deux hypothèses que nous envisageons, sont relatives à des époux qui sont tous les deux actifs dans le même commerce. Dans l'ancien droit, nos coutumes n'attribuaient la qualité de commerçant qu'au mari dans le cas où la femme concourait à l'exploitation du même fonds de commerce. Elles étaient très nettes et formelles sur ce point et même l'article 235 de la coutume de Paris ne reconnaissait la qualité de marchande publique à la femme mariée que si celle-ci, non seulement exerçait un commerce séparé de son mari, mais encore un commerce « autre » [22]). Le législateur des codes civil et commercial n'a plus posé comme condition de la qualité de commerçante chez la femme mariée, que le commerce exercé par celle-ci soit différent; il se contente d'exiger qu'il soit « séparé ». L'esprit de la loi semble donc très clair et en se tenant aux termes des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil, on est logiquement amené à conclure que la femme mariée, active dans la même exploitation que son mari, ne possède pas la qualité de marchande publique. Telle était la volonté du législateur qui se

22) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. 1, p. 336, N° 269*bis;* Guibal, op. cit., p. 24.

comprenait fort bien au début du dix-neuvième siècle, c'est-à-dire à un moment où la situation de la femme mariée était subordonnée à celle du mari.

Les tiers eux-mêmes qui traitent avec la femme mariée exploitant le même fonds de commerce que le mari, n'ont pas intérêt à ce qu'elle ne soit pas commerçante, car comme préposée elle n'engage pas sa propre fortune. Avec l'émancipation de la femme, avec le mouvement vers l'indépendance et avec l'accroissement du nombre de femmes mariées occupées dans le commerce, la jurisprudence a subi une évolution dont il est difficile de suivre tous les méandres. Les décisions judiciaires, en cette matière, ne sont point concordantes et nous nous efforcerons de les grouper dans la mesure du possible.

§ 1. — Evolution de la jurisprudence

Au dix-neuvième siècle, la jurisprudence avait en général tendance à suivre les prescriptions de la loi à la lettre et à ne pas reconnaître la qualité de marchande publique à une femme mariée exploitant conjointement avec son mari le même fonds de commerce [23]). La question se présente habituellement dans la pratique au moment de la déclaration en faillite de la femme, puisque la qualité de commerçante est indispensable pour que cette mesure soit prononcée par le tribunal. L'espèce qui était soumise en 1875 [24]) à la chambre civile de la Cour de Cassation se présentait favorablement pour reconnaître le caractère de marchande publique à la femme mariée. Celle-ci avait exercé seule pendant son

23) Cass. 6 mai 1816; Civ. 1er mai 1820, Jur. Gén. Vo Oblig. No 4148; Paris, 7 février 1835, S. 1835. 2. 512; Civ. 27 mai 1851, D. 1851. 1. 172; Crim. 9 août 1851, D. 52. 1. 160; Crim. 3 août 1859, D. 59. 1. 419; Cass. 27 janvier 1875, D. 1875. 1. 297; Dijon, 22 décembre 1875, S. 1876. 2. 79; Dijon 22 décembre 1877, D. 1877. 5. 102; Cass. 19 janvier 1881, D. 1882. 1. 63; Lyon, 5 février 1881, D. 1881. 2. 192; Civ. 10 mai 1882, D. 1883. 1. 112; Civ. 11 août 1884, D. 1885. 1. 296; Douai, 19 février 1894, D. 1904. 2. 600.

24) Civ. 27 janvier 1875, D. 1875. 1. 297.

veuvage un commerce qu'elle continuait à exploiter après son remariage, avec l'aide de son second mari qui n'était pas commerçant antérieurement, qui ne tenait pas de livres et ne payait pas la patente. L'arrêt que la Cour suprême a rendu dans cette affaire, contient des motifs qui ont été repris ultérieurement dans presque toutes les décisions judiciaires statuant dans le même sens. Ces motifs se bornent simplement à interpréter littéralement le texte de la loi et à refuser toute extension à une règle dont la Cour dit qu'elle « touche aux droits et devoirs respectifs des époux » [25]).

25) Au cours de la préparation de notre travail, nous avons été surpris du grand nombre de citations erronées contenues dans les ouvrages, surtout pour ce qui concerne les références de jurisprudence. Il arrive souvent que l'auteur d'un traité ou d'une thèse puise ses références dans un autre ouvrage et transmet ainsi involontairement les fausses indications de ce dernier. Notre rôle n'est pas de relever toutes les erreurs que nous avons rencontrées, mais nous tenons cependant à ne pas laisser sous silence une citation erronée qui est parfaitement de nature à troubler un lecteur non averti, étudiant la question qui nous intéresse présentement.

M. Paul Guibal qui a écrit une excellente thèse, souvent citée par les auteurs sur « La femme mariée commerçante », s'exprime — à propos de l'espèce que nous avons étudiée ci-dessus dans le texte — comme suit (p. 67): « Si la présomption de l'article 5 est irréfragable, il faut en conclure que, aussitôt après son mariage, la femme perd la qualité de commerçante pour devenir la factrice de son mari qui, lui, prend la direction de l'exploitation. » En note, l'auteur ajoute: « C'est pourtant ce que n'a pas hésité a décider la Cour de Besançon le 11 3. 1873. D. 1873. 1. 296 : « ne peut être considérée comme commerçante la femme qui, après avoir exploité seule un fonds pendant son veuvage, a exploité ce fonds conjointement avec son deuxième mari, bien que celui-ci ne fût pas commerçant antérieurement à son mariage et qu'il n'eût ni livre, ni patente, ni marchandise ». D'abord à l'endroit indiqué D. 1873. 1. 296, on cherche vainement un arrêt de la Cour de Besançon en date du 11 mars 1873. Ensuite, l'arrêt en question a donné la solution opposée à celle que nous lisons dans cette note. En effet, la Cour de Besançon, par arrêt du 11 mars 1873, a confirmé le jugement du tribunal de commerce de Besançon du 30 août 1872, qui avait admis la déclaration en faillite de la femme. La chambre civile a cassé cet arrêt le 27 janvier 1875 en donnant comme dernier considérant « que la Cour de Besançon, en déclarant la dame L..... en état de faillite, sans constater que depuis son mariage, elle ait exercé un commerce séparé de celui de son mari, a méconnu et violé les dispositions de loi susénoncées ». D. 1875. 1. 297 et 298.

En conséquence, la chambre civile ne reconnaissait même pas dans des hypothèses aussi favorables, la qualité de commerçante à la femme mariée collaborant avec le mari dans le même fonds de commerce. C'est en suivant cette jurisprudence que dans une autre espèce, la chambre civile a refusé aussi la qualité de commerçante à une femme mariée exploitant conjointement avec son mari un fonds de commerce, bien que cette femme fût séparée de biens et imposée personnellement à la patente [26]).

Les décisions contraires à la règle ainsi posée par la chambre civile, étaient très rares au siècle dernier. La chambre des requêtes a esquissé un timide revirement, en admettant — dans l'intérêt des tiers qui ont traité habituellement avec la femme — la compétence du tribunal de commerce pour une action dirigée contre une femme mariée qui faisait généralement les acquisitions de matières premières pour le commerce [27]). Une dérogation a été apportée également à la règle, dans le cas où le mari s'absentait fréquemment et où la femme était alors seule à la tête de l'établissement [28]). Signalons enfin que la chambre des requêtes en 1887 fut saisie de la question se présentant sous des circonstances analogues à celles de l'espèce qui était soumise une dizaine d'années auparavant à la chambre civile [29]). La chambre des requêtes a décidé que la femme, après le remariage, a gardé la même situation dans le commerce et que le mari — antérieurement commis dans cet établissement — a continué à travailler dans les mêmes circonstances qu'auparavant. Il en est résulté la possibilité de mise en faillite de la femme et cette autre conséquence que le mari peut être le commis dans le commerce de sa femme [30]). C'est surtout cette dernière con-

26) Civ. 11 août 1884, D. 85. 1. 296.
27) Req. 5 mai 1857, S. 59. 1. 490, D. 57. 1. 303.
28) Montpellier, 6 août 1867, D. 1869. 1. 208.
29) Civ. 27 janvier 1875, D. 1875. 1. 297, précité.
30) Req. 12 juillet 1887, S. 1887. 1. 384 rejetant le pourvoi formé contre la décision de la Cour de Nîmes, 18 décembre 1886, Ann. de dr. com. 1888, p. 1.

clusion qui constitue une nouveauté et une brèche dans les conceptions du siècle dernier. La femme, qui, d'après le code strictement interprété, ne peut être que la préposée dans le commerce du mari, parce que le législateur veut voir le mari à la tête de l'établissement, peut ainsi arriver à exploiter un fonds de commerce, dans lequel le mari n'occupera qu'une situation subordonnée.

En passant au vingtième siècle, l'interprétation rigoureuse et exégétique des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil est appliquée d'une façon moins constante par la jurisprudence. Le mouvement a commencé dans la doctrine et près des juridictions inférieures pour aboutir finalement à un revirement de la jurisprudence de la chambre civile elle-même.

Un revirement de jurisprudence ne se fait jamais d'une façon subite et brutale. Avant d'obtenir une décision de revirement de la chambre civile, nous constatons toujours auparavant des controverses et des désaccords dans la jurisprudence des tribunaux et cours d'appel. Nous ne sommes donc pas surpris de voir au début de notre siècle des décisions suivant encore l'ancienne jurisprudence.

C'est ainsi que des cours d'appel ont encore admis que la présomption des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil est une présomption *juris et de jure*, ne permettant pas d'apporter la preuve que la femme mariée n'est pas simple préposée dans le commerce, dans lequel son mari est également occupé [31]). La Cour de Besançon n'a pas reconnu la qualité de marchande publique à une femme, qui, avant son mariage, était commerçante et qui avait apporté en dot son fonds de commerce qu'elle continuait à exploiter en commun avec son mari, au nom duquel la patente était trans-

31) Montpellier, 5 mai 1906, D. 1906. 2. 217 et la note de M. Valéry, S. 1908. 2. 6; Toulouse, 29 mai 1908, Gaz. Trib., 1909. 2. 14.

férée [32]). La même question était soumise à la Cour de Paris dans une espèce où l'on discutait la validité d'une acceptation sur lettre de change donnée par une femme mariée exploitant en commun avec son mari un fonds de commerce. L'acceptation aurait été valable, si la femme avait eu soit la qualité de marchande publique, auquel cas elle peut librement s'obliger pour ce qui concerne son négoce (art. 5, al. 1 c. com.), soit l'autorisation expresse ou tacite de son mari. La Cour s'est refusée à déduire de la collaboration des deux époux l'existence de l'autorisation maritale [33]) et elle n'a pas reconnu non plus à la femme le caractère de commerçante. Elle a justifié cette dernière solution par des motifs qui sont pris en partie dans l'arrêt de la chambre civile du 27 janvier 1875 [34]) : « Considérant qu'aux termes de l'article 5 du code de commerce, la femme qui ne fait pas un commerce séparé de celui de son mari, n'est pas réputée marchande publique; que cette règle qui touche essentiellement aux droits et devoirs respectifs des époux, ne peut recevoir aucune extension et s'applique quelle que puisse être la situation de la femme, fût-elle même copropriétaire du fonds et l'exploitant avec son mari; — Considérant qu'il appert des éléments de la cause que le fonds de commerce..... est exploité en commun ; que, dès lors, la dame G. ne faisant pas un commerce séparé n'avait pas qualité, par suite de l'état de subordination de la femme mariée, résultant des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil, pour signer la dite acceptation en l'absence d'autorisation de son mari..... » [35]).

32) Besançon, 15 février 1914, D. 1915. 2. 45; Voir aussi : Toulouse, 5 août 1903, Gaz. Pal. T. Q. 1902—1907, V° commerçant, N° 77; Lyon, 12 novembre 1920, Gaz. Pal. 1921, 1., table V° commerçant N° 1, Mon. jud. Lyon, 21 janvier 1921.

33) Paris, 10 novembre 1925, D. 1926. 2. 140, précité.

34) D. 1875. 1. 297, précité.

35) Paris, 10 novembre 1925, précité.

La Cour de Dijon, dans un arrêt relativement récent[36]), a également refusé de considérer comme marchande publique une femme exploitant avec son mari un fonds de commerce, lorsque la qualité de commerçant a déjà été reconnue au mari. Elle a infirmé un jugement du tribunal de commerce de Chalon-sur-Saône [37]) qui, sur la demande de deux créanciers, avait déclaré en état de faillite la femme et avait converti en faillite la liquidation judiciaire déjà prononcée contre le mari. Les deux époux avaient exploité en commun un fonds de bourrellerie, dans lequel le rôle de la femme était très important, tandis que le mari n'y occupait qu'une situation subalterne. Le tribunal a tenu compte du fait que la femme était commerçante avant son mariage, qu'elle avait pris cette qualité dans l'acte de mariage, où le mari figurait « sans profession », que le contrat de mariage, énonçant la qualité de commerçante de la femme, contenait apport par elle de ses droits indivis avec sa mère dans ledit fonds de commerce de bourrellerie, que la femme en question s'est elle-même qualifiée de commerçante dans une demande en divorce qu'elle avait intentée. Pour toutes ces considérations et aussi pour cette autre, qu'il serait immoral et inique que cette femme qui menait une vie de dissipation et de dépenses exagérées, profitât de l'actif fourni par les créanciers, au détriment desquels elle reprendrait même son fonds de commerce, le tribunal a déclaré les deux époux en état de faillite.

En appel, les magistrats se sont attachés au fait que la patente et l'immatriculation au registre du commerce étaient au nom du mari, que c'est à lui seul qu'était ouvert le compte en banque, qu'étaient adressés les effets de commerce, les factures, la correspondance pour admettre que la femme avait cessé d'être commerçante et que son mari l'avait remplacée à la

36) Dijon, 26 juin 1925, D. 1926. 2. 6 avec note signée A. C.

37) Trib. com. Chalon-sur-Saône, 27 avril 1925, D. 1926. 2. 6.

tête de l'établissement. L'idée de protection des tiers qui avait dicté aux premiers juges leur solution n'a donc pas triomphé en deuxième instance.

Il nous reste enfin à signaler un dernier arrêt de la série de l'ancienne jurisprudence. La femme d'un ex-failli, qui avait obtenu la séparation de biens judiciaire, exploitait sous son nom un fonds de commerce et le mari participait pratiquement d'une façon effective à l'exploitation du commerce. Un fournisseur qui avait livré des marchandises au mari, avait fait une saisie-arrêt, à laquelle la femme s'opposait en faisant valoir qu'elle exerçait le commerce elle-même. En validant la saisie-arrêt, la Cour de Montpellier [38]) a décidé que la femme ne pouvait être réputée commerçante, puisque le même fonds de commerce était exploité conjointement par les deux époux.

Cette jurisprudence des différentes cours d'appel s'appuie sur l'arrêt de principe de la chambre civile du 17 janvier 1875 [39]); elle peut s'étayer aussi sur un arrêt de la chambre civile de ce siècle, mais dont la portée a été atténuée par un autre arrêt rendu la même année par la même chambre de la Cour suprême [40]). Le 23 janvier 1912 [41]), la chambre civile s'est refusée à considérer comme marchande publique une femme mariée qui exploitait conjointement avec son mari et un tiers un fonds de commerce. A la lecture de cet arrêt, on ne pouvait déduire qu'un revirement de jurisprudence était proche, car dans l'espèce il s'agissait d'une femme séparée de biens et la Cour proclamait la solution comme devant exister quelle que soit la part que la femme prenne à la gestion du négoce.

La nouvelle jurisprudence du vingtième siècle a commencé par se dessiner dans quelques rares arrêts

38) Montpellier, 10 février 1926, Mon. jud. Midi 15 mai 1926, Gaz. Pal., Table analyt. 1926. 2. V° commerçant, P. 41, N° 2 s.

39) D. 1875. 1. 297, précité.

40) Civ., 14 mai 1912, D. 1912. 1. 303, dont il sera parlé au paragraphe suivant.

41) Civ. 23 janvier 1912, S. 1912. 1. 148.

de la chambre des requêtes rendus dans le dernier siècle [42]). Puis elle s'est nettement affirmée dans deux arrêts de la même chambre qui, en 1900 [43]), a reconnu à la femme mariée le caractère de marchande publique dans un commerce où le mari était occupé comme employé et qui, en 1901 [44]), a admis la mise en faillite des deux époux exploitant en commun le même fonds de commerce. Cette nouvelle tendance se constate aussi dans de nombreuses décisions des juridictions inférieures [45]) et s'annonce timidement pour la première fois en 1912 dans un arrêt de la chambre civile [46]). Enfin, en 1926, celle-ci marque par un arrêt fort intéressant la confirmation de la nouvelle jurisprudence et l'aboutissant de cette longue évolution, en décidant que les actes de participation du mari à la gestion du fonds de commerce exploité par sa femme sous le régime de séparation de biens n'apparaissent que comme des actes d'immixtion, qui, s'ils sont suffisants pour faire attribuer au mari la qualité de commerçant, n'ont pu faire perdre cette même qualité à la femme exerçant réellement son négoce [47]) ; en conséquence, la chambre civile a admis, contrairement à son ancienne jurisprudence, la possibilité de mise en liquidation judiciaire simultanée des deux époux.

42) Voir arrêts cités plus haut.

43) Req. 5 novembre 1900, D. 1901. 1. 463.

44) Req. 21 octobre 1901, S. 1901. 1. 520.

45) Rouen, 11 novembre 1908, D. 1909. 5. 2; Trib. com. Villefranche, 27 novembre 1912, Journ. des faillites 1913, p. 93; Rouen, 21 juillet 1913, D. 1915. 2. 42; Besançon, 13 février 1914, D. 1915. 2. 41 et la note de M. Lalou; Grenoble, 7 février 1923, Gaz. des Trib. 1923. 2. 620 condamnant solidairement les deux époux exploitant ensemble un fonds de commerce; Trib. com. Le Havre, 1er décembre 1924, Gaz. Pal. 1925. 1. 247; Trib. com. Chalon-sur-Saône, 27 avril 1925. D. 1926. 2. 6.

46) Civ. 14 mai 1912, précité.

47) Civ. 24 février 1926, S. 1927. 1. 101.

§ 2. — Explication du revirement de jurisprudence et fondement juridique

Comment expliquer ce revirement de jurisprudence ? Il est indéniable que l'ancienne opinion se heurtait à des situations de fait où l'exploitation effective du fonds de commerce était entre les mains de la femme avant comme après le mariage et où le mari n'avait qu'un rôle subalterne. Cependant les principes de nos lois du début du dix-neuvième siècle ne permettent pas facilement de consacrer juridiquement des situations où le mari, au lieu d'être le chef, n'est que le préposé dans le commerce de sa femme [48]). Le mouvement vers l'indépendance de la femme et la nécessité d'adapter la loi aux besoins modernes ont néanmoins contribué à former peu à peu une brèche dans la règle traditionnelle de la subordination de la femme à son mari.

L'idée de la protection des tiers a également conduit à faire reconnaître la qualité de commerçante à la femme mariée dans des hypothèses où autrefois on la lui déniait. La femme préposée n'oblige que son mari et n'engage pas ses biens propres, de sorte que les tiers qui, en traitant avec la femme, ont peut-être compté sur sa fortune, voyaient leur échapper une bonne partie de leur gage. La portée de cette considération est encore beaucoup plus grande sous le régime de séparation de biens que sous celui de la communauté, puisque sous ce dernier régime matrimonial la femme sera tenue comme commune en biens.

Quel est le fondement juridique de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence ? Le législateur des codes civil et de commerce a sans doute atténué notablement l'intransigeance de nos coutumes du droit ancien, en n'exigeant plus — pour l'acquisition de la qualité de marchande publique — que l'activité commerciale de la femme mariée s'exerce dans un fonds de marchan-

48) Paris, 10 novembre 1925, D. 1926. 2. 140.

dises « autres » que celles du commerce de son mari. Mais il a laissé subsister la deuxième condition : un commerce « séparé ». Les textes (art. 5 c. com,; art. 220 c. civ.) sont si formels que la jurisprudence a pu y voir pendant longtemps une présomption irréfragable, ne pouvant donc pas être combattue par la preuve contraire. Voici en quels termes catégoriques s'exprime un arrêt de la Cour de Montpellier rendu en 1906 : « ....que la femme mariée ne peut être réputée marchande publique qu'autant qu'elle exerce un commerce distinct de celui de son mari; que cette règle, formulée non seulement au code de commerce (article 5), mais aussi à l'article 220 du code civil, au chapitre des droits et devoirs respectifs des époux, est une conséquence de la puissance maritale et une application du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui font obstacle à l'existence légale d'une société commerciale entre époux; qu'il en résulte pour la femme mariée exploitant conjointement avec son mari le même fonds de commerce, une présomption *juris et de jure* qu'elle agit comme préposée de son mari et ne peut être considérée comme commerçante » [49]).

Cette opinion qui a aussi des partisans dans la doctrine [50]), se fonde sur le texte de la loi qui décide que la femme mariée « n'est réputée telle (marchande publique) que lorsqu'elle fait un commerce séparé » (art. 5 c. com.). C'est, à notre avis, la seule interprétation qui soit conforme à la volonté du législateur. Celui-ci s'est montré moins rigoureux que l'ancienne coutume de Paris, puisqu'il admet que la femme puisse acquérir la qualité de marchande publique, sans que la branche du commerce soit différente de celle du négoce du

49) Montpellier, 5 mai 1906, D. 1906. 2. 217 et la note de M. Valéry.

50) Pardessus, Droit commercial, t. 1, N° 65 et autres auteurs; V° Dalloz, Rép. prat. sous commerçant; Voir aussi: Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., p. 244, N° 204 et p. 336, N° 269*bis* qui ne prend cependant pas parti (Comp. N° 290*bis*); Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome II, par Rouast, N° 428.

mari, mais son intention de ne pas faire une entorse au principe de la subordination de la femme en maintenant la condition du commerce séparé, non conjointement exploité, ne saurait faire l'ombre d'un doute.

La doctrine [51]) et la jurisprudence ont cependant cherché à concilier la nouvelle tendance avec le texte, en imaginant des systèmes d'interprétation qui ont presque tous comme fondement cette idée que la présomption posée par les articles 5 du code de commerce et 220 du code civil n'est qu'une présomption *juris tantum*. D'après cette opinion, chaque fois que l'on est en présence de l'exploitation en commun d'un négoce par deux époux, la preuve peut être offerte et ordonnée que la femme ne joue pas dans l'établissement un rôle de préposée, mais exerce au contraire la fonction d'une marchande publique. Le jugement du tribunal de Chalon-sur-Saône rendu le 27 avril 1925 [52]) contient le considérant suivant:

« Attendu que, s'il est généralement admis que dans le cas où un même commerce est exercé par le mari et par la femme, celle-ci n'est pas réputée marchande publique et que sa personnalité commerciale est absorbée par celle du mari, il en est autrement lorsque les circonstances de fait renversent les rôles et indiquent que c'est en réalité la femme seule qui dirigeait le commerce et que le mari, dans une situation subalterne, n'y concourait que comme le ferait un employé. »

C'est alors une question de fait soumise à l'appréciation souveraine des juges, que de savoir dans quels cas la femme mariée n'est plus préposée, mais marchande publique. L'imposition personnelle de la

51) Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 6e édit., N° 177; Lacour et Bouteron, Précis de droit commercial, 3e éd., t. 1, N° 125; Guibal, op. cit., p. 68; Margat, La femme mariée commerçante et le régime de libre salaire, Paris, 1913, p. 48 s.; Cendrier, Le fonds de commerce, 5e édition, 1930, p. 99, N° 137; Avollée, Des sociétés entre époux, thèse, Paris, 1903, p. 112.

52) Trib. com. Chalon-sur-Saône, 27 avril 1925, D. 1926. 2. 6, précité.

femme à la patente [53]), le contrat de bail du magasin et les quittances du loyer au nom de la femme [54]) sont autant d'éléments qui seront pris en considération; le juge examinera aussi au nom de qui le compte courant commercial est établi, à quelle adresse les factures, les imprimés et la correspondance sont adressés, sur qui les lettres de change sont tirées [55]) ; il tiendra compte aujourd'hui également de l'inscription au registre du commerce [56]). La chambre civile semble, en 1912 [57]), avoir admis pour la première fois que la présomption de la loi puisse être combattue par la preuve contraire, puisqu'elle a considéré que l'inscription de la femme mariée au rôle des patentes n'établit pas « suffisamment » que c'est la femme qui exerce le commerce et non son mari. C'est cet arrêt qui nous a autorisé à dire plus haut [58]) que la décision rendue par la chambre civile la même année, quatre mois auparavant, déniant catégoriquement la qualité de marchande publique à la femme mariée, a perdu une grande part de sa portée.

M. Guibal [59]) fait une distinction suivant que le commerce est exploité au nom du mari ou au nom de la femme, pour admettre dans le premier cas une présomption irréfragable et dans le second une présomption simple que la femme est préposée. Il est exact que l'examen des décisions jurisprudentielles peut conduire à un pareil système, mais elles n'ont pas observé ce critérium. Le fait que l'établissement est exploité au

53) Besançon, 15 février 1914, D. 1915. 2. 45.

54) Rouen, 21 juillet 1913, D. 1915. 2. 42.

55) Dijon, 26 juin 1925, D. 1926. 2. 6 avec note signée A. C.

56) D'après un jugement du tribunal de commerce du Havre (1er décembre 1924, Gaz. Pal. 1925. 1. 247), la femme mariée ne peut invoquer les articles 5 c. com. et 220 c. civ. pour contester sa qualité de marchande publique, lorsqu'il résulte d'une immatriculation au registre du commerce et d'une procuration que le mari n'est pas l'associé de sa femme, mais simplement son fondé de pouvoirs.

57) Civ. 14 mai 1912, D. 1912. 1. 303.

58) Cf. *supra*, § 1.

59) Guibal, op. cit., p. 68.

nom du mari est en pratique souvent accompagné d'une série d'autres circonstances établissant que la femme ne joue qu'un rôle de préposée. Il se pourrait cependant que la femme remplit la fonction d'une marchande publique conjointement avec son mari dans un commerce portant le nom de celui-ci. Aucun texte de loi ne justifierait dans cette espèce le refus à la femme de la qualité de commerçante, si on admet qu'en principe la présomption de l'article 5 c. com. peut être combattue.

Tous les systèmes enseignant que la loi ne contient qu'une présomption simple, susceptible d'être combattue par la preuve contraire, se heurtent à cette objection que l'article 5 c. com. est formel et ne prévoit pas la contre-preuve. Pour éviter cet écueil, M. Margat [60]) propose la théorie suivante: L'article 5 du code de commerce n'aurait pris en considération que deux hypothèses, celle de la femme qui détaille les marchandises de son mari et celle de la femme qui exerce un commerce séparé. Ce texte, n'ayant donc pas visé le cas de l'exploitation conjointe d'un fonds de commerce par les deux époux, ne saurait s'appliquer à cette situation. Cette interprétation que M. Margat qualifie lui-même de « quelque peu hardie » méconnaît la lettre et l'esprit de la loi. En effet, les termes des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil sont formels et dénient la qualité de marchande publique à une femme qui n'exerce pas un « commerce séparé ». Par ailleurs, le législateur n'a pas voulu faire une dérogation au principe de la subordination de la femme au mari.

Nous estimons que l'interprétation la plus extensive qui soit possible en l'état actuel des textes, c'est celle qui consisterait à dire qu'il y a « commerce séparé » dans le cas où la femme serait séparée de biens et exploiterait avec son mari un fonds de commerce. Dans l'espèce qui était soumise en 1926 à la chambre

60) Margat, La femme mariée commerçante et le régime de libre salaire, Paris, 1913, p. 48 et suiv.

civile et dans laquelle la Cour a reconnu à la femme le caractère de commerçante, il s'agissait d'époux vivant sous le régime de séparation de biens [61]). La femme, même si elle travaille dans le même fonds de commerce que son mari, a dans cette hypothèse une situation beaucoup plus indépendante que sous le régime de communauté. Sous ce dernier régime — le seul qui nous intéresse dans notre étude — le texte de loi n'autorise pas à reconnaître la qualité de commerçante à une femme mariée exploitant en commun avec son mari un fonds de commerce. Sous peine d'interpréter la loi arbitrairement, on ne peut parler de « commerce séparé », lorsqu'une femme commune en biens exerce son activité commerciale dans le même fonds que son mari. Il y a d'ailleurs lieu de remarquer que dans cette hypothèse, les bénéfices résultant de l'exploitation commerciale ne constituent pas des biens réservés de la femme (art. 1er, al. 6 de la loi du 13 juillet 1907 [62]).

Nous ne nous rangeons nullement parmi ceux qui désirent voir diminuer le rôle de la jurisprudence ; bien au contraire, nous nous réjouissons de voir les juges user largement de leur pouvoir d'adaptation et remplir même — lorsque la loi présente des lacunes — une saine fonction créatrice. Ce qui n'est cependant pas admissible, c'est que les dispositions de la loi soient directement enfreintes, car une interprétation arbitraire des textes entraîne l'incertitude dans la jurisprudence et par conséquent la multiplication des procès. Pour éviter que le magistrat se trouve devant l'alternative ou de contrevenir à la loi ou de manquer aux principes d'équité, il n'y a qu'un moyen, celui de la réforme législative.

Le principe de l'égalité des sexes s'est substitué à celui de la subordination de la femme à son mari;

61) Civ. 24 février 1926, S. 1927. 1. 101.

62) « Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux gains résultant du travail commun des deux époux » (art. 1er, al. 6). Voir Margat, op. cit., p. 59 s.

cette règle traditionnelle de la dépendance de la femme est un obstacle dans la vie du vingtième siècle où les nécessités modernes font très souvent de la femme la collaboratrice de son mari. L'intérêt et la protection des tiers s'y ajoutent et réclament la réforme des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil. La condition du commerce séparé pour être marchande publique n'a plus sa raison d'être aujourd'hui et doit être supprimée.

Il est à peine besoin de dire que la disparition de cette condition n'enlève pas à la femme mariée la possibilité d'être active dans le commerce de son mari comme préposée. Chaque fois que des difficultés se présenteront pour savoir si la femme a la qualité de commerçante ou non, ce sera aux tribunaux de trancher la question, en se basant sur des éléments de fait.

Section III

L'exploitation d'un fonds de commerce en société

Rien ne s'oppose à l'exploitation d'un fonds de commerce par une femme mariée associée avec un tiers. Aucun texte de loi n'interdit la formation d'une telle société et la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour ne subordonner la validité qu'à une autorisation spéciale du mari. Nous verrons plus loin [63]), en étudiant les conditions d'exercice de l'activité commerciale de la femme mariée, que la jurisprudence se montre très large pour admettre l'existence de l'autorisation maritale qui peut être expresse ou tacite [64]).

La question de la société entre époux a soulevé beaucoup plus de difficultés et a suscité de nombreuses controverses. La grande majorité des décisions judiciaires qui avaient à se prononcer sur la validité des

63) Cf. *infra*, chap. II, sect. I, § 2.
64) Req. 4 février 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 643.

sociétés entre époux, les ont déclaré frappées d'une nullité absolue [65]). Il y a bien quelques jugements et arrêts en sens contraire, mais ils sont isolés. C'est ainsi que la Cour de Poitiers, en admettant l'existence d'une société, avait déclaré en faillite une femme mariée, motifs pris de ce que « si la femme mariée n'est pas réputée commerçante, parce qu'elle apporte son concours à la gestion du fonds de commerce de son mari, il n'en est pas de même, lorsqu'elle participe, en tant que copropriétaire, à une exploitation commune et que ses actes démontrent qu'elle y participe comme associée » [66]). La Cour suprême, suivant sa jurisprudence antérieure, a cassé l'arrêt sur ce point [67]), en repoussant la possibilité d'une société entre époux, même s'ils sont mariés sous le régime de la séparation de biens [68]).

La doctrine ne suit pas à l'unanimité la voie tracée par la jurisprudence; un certain nombre d'auteurs approuvent la rigueur des décisions judiciaires, tandis que d'autres se refusent à déclarer nulle toute société entre époux. Les premiers [69]) font valoir que cette forme juridique d'exploitation d'un fonds de commerce est incompatible avec l'exercice de la puissance mari-

65) Cass. 9 août 1851, S. 1852. 1. 281, D. 1852. 1. 160; 7 février 1860, S. 1860. 1. 414; 13 novembre 1860, S. 1861. 1. 884; 6 février 1888, S. 1890. 1. 49 et la note de M. Labbé; 7 mars 1888, S. 1888. 1. 305; 8 décembre 1891, S. 1892. 1. 293; 27 juin 1893, S. 1894. 1. 25; 21 octobre 1901, S. 1901. 1. 520; 23 avril 1902, D. 1902. 1. 309; 5 mai 1902, S. 1905. 1. 41 et la note de M. Hémard; 19 mai 1908, D. 1908. 1. 359, S. 1911. 1. 508; 23 janvier 1912, D. 1912. 1. 481, S. 1912. 1. 148; Paris, 23 mai 1919, S. 1918-1919. 2. 104 et les nombreux renvois.

66) Poitiers, 9 février 1910, S. 1912. 1. 149.

67) Civ. 23 janvier 1912, S. 1912. 1. 148, D. 1912. 1. 481.

68) Civ. 7 mars 1888, S. 1888. 1. 305; Paris, 9 mars 1859, S. 1859. 2. 502; Paris, 24 mars 1870, S. 1871. 2. 71; Dijon, 27 juillet 1870, S. 1871. 2. 268.

69) Troplong, Contrat de mariage, t. I, N° 210; Guillouard, Contrat de mariage, t. I, N° 229 et Contrat de sociétés, N° 35; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. V, § 503*bis;* Camberlin, De l'illégalité des sociétés commerciales entre mari et femme; Lance, Essai sur les contrats à titre onéreux, p. 113; Lacointa, note S. 1888. 1. 305; Bouvier et Baugillon, note Pand. fr. 1905. 2. 158.

tale (art. 1388 c. civ.), qu'elle est susceptible de porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 c. civ.), qu'elle contrevient aux dispositions formelles de l'article 5 du code de commerce, qu'elle permet d'enfreindre les prescriptions de la loi relatives à la révocabilité des donations entre époux (art. 1096, 1097, 1099 c. civ.) et à la prohibition de la vente entre époux (art. 1595 c. civ.). Pour ce qui concerne l'argument de l'autorité maritale, il ne résiste pas, si on se rappelle que la jurisprudence admet actuellement que le mari peut être le préposé de sa femme [70]); or, dans une société, la puissance maritale est certainement beaucoup moins mise en échec que dans un commerce où le mari occupe une situation subalterne à l'égard de sa femme. Par contre, cette opinion trouve, à notre avis, un sérieux appui dans l'article 5 du code de commerce, car, comme nous l'avons déjà montré [71]), le législateur avait, en rédigeant ces textes, l'intention de ne pas reconnaître la qualité de marchande publique a une femme mariée, travaillant dans le même fonds de commerce que son mari. Cette objection a cependant perdu une partie de sa valeur, depuis que la nouvelle jurisprudence ne refuse plus la qualité de commerçante à la femme exploitant en commun avec son mari le même fonds de de commerce. Quant aux autres arguments, ils tendent à établir une présomption irréfragable de fraude en cas de formation d'une société entre époux.

C'est sur ce point que se concentrent les attaquent des adversaires [72]) de la jurisprudence. Ils font valoir,

70) Cf. *supra*, 2e section, § 2.

71) Cf. *supra*, 2e section, § 2.

72) Laurent, « Principes de droit civil français, t. XXVI, N° 140; Boistel, Cours de droit commercial, N° 102; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t. 2, N° 78; Thaller, Traité de droit commercial, N° 3347 s; Pic, Des nullités des sociétés pour cause d'incapacité légale et spécialement de la nullité des sociétés entre époux, Revue trim. de dr. civ. 1907, p. 489 s; Planiol, Traité de droit civil, II, N° 1937; Labbé, note S. 1890. 1. 49; Planiol, Revue critique, 1888, p. 275; Houpin et Bosvieux, Traité des sociétés, I, N° 49; Margat, op. cit., p. 134; Guibal, op. cit. p. 118 s.

avec raison, que l'interdiction pour les époux de fonder une société n'est inscrite dans aucun texte et qu'en conséquence, on ne saurait la créer de toute pièce. Les époux ne sont pas incapables d'exploiter un fonds de commerce sous la forme juridique d'une société et celle-ci ne devrait être annulée que lorsque l'un des principes posés par la loi se trouve violé, notamment lorsque le contrat de société a pour but de modifier le régime matrimonial qui régit les rapports pécuniaires des époux. Sous le régime de la communauté qui nous intéresse spécialement ici, la formation d'une société serait, avec raison, annulée, puisque les obligations naissant de part et d'autre, s'éteindraient par confusion, en tombant en communauté. L'annulation d'une société sous ce régime ne présente d'ailleurs pas de sérieux inconvénients, puisque les époux, en exploitant en commun un fonds de commerce, se trouvent, d'après la dernière jurisprudence, dans une situation presque identique à celle de deux associés. Nous rappelons que l'interprétation rigoureuse des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil créerait au contraire une sensible différence entre les deux situations, puisque la femme ne serait pas commerçante avec toutes les conséquences que ce dernier caractère entraîne [73]).

73) Pour les conséquences de la nullité des sociétés entre époux, voir Req. 1er février 1926, S. 1926. 1. 134, Gaz. Pal. 1926. 1. 617; Paris, 25 mai 1919, Journ. soc. 1920. 41.

Une société formée entre un ou plusieurs tiers et deux époux mariés sous le régime de la communauté, est nulle ou valable selon que les conjoints ont dans cette société des intérêts distincts ou non. Voir Houpin et Bosvieux, op. cit., p. 82 et la note avec références de jurisprudence et de doctrine. — Sur la question des femmes mariées dans les sociétés anonymes, voir l'article de M. Henri Lalou, D. H. 1930. 49.

CHAPITRE II

LES CONDITIONS DE FOND ET DE FORME DE L'EXPLOITATION D'UN FONDS DE COMMERCE PAR UNE FEMME MARIEE EN QUALITE DE COMMERÇANTE

Un grand nombre d'auteurs posent comme conditions de la qualité de commerçante chez la femme mariée, l'exercice d'un commerce séparé et l'autorisation du mari. Ces deux conditions sont en général étudiées ensemble sous la même rubrique, comme étant essentielles pour l'acquisition de la qualité de marchande publique [1]). Nous-mêmes, nous avons montré plus haut [2]) que l'interprétation rigoureuse des articles 220 du code civil et 5 du code de commerce devrait nous amener à exiger l'exercice d'un commerce séparé comme condition de la qualité de marchande publique. Toutefois comme la jurisprudence tend à reconnaître la qualité de commerçante même à la femme collaboratrice de son mari, nous avons préféré étudier à part les divers aspects de l'activité commerciale de la femme mariée et nous renvoyons au chapitre I[er] pour la question de savoir quelle forme, l'exploitation commerciale par la femme doit revêtir pour que celle-ci puisse acquérir la qualité de marchande publique.

Nous n'aurons donc à examiner ici que le problème controversé de l'autorisation et puis les formalités à remplir par la femme commerçante, en tenant compte, pour les deux questions, du régime spécial à l'Alsace et la Lorraine.

1) Voir Planiol et Ripert, Traité pratique de Droit civil français, tome II, par Rouast, N° 428: « Il faut qu'elle exerce un commerce séparé et de plus qu'elle en ait reçu l'autorisation de son mari ».

2) Voir *supra*, chap. I, 2[e] section, § 2.

Section I

Autorisation de faire un commerce

Dans la législation allemande, le principe est celui de la capacité de la femme mariée. Celle-ci n'a donc pas besoin d'une autorisation de son mari pour pouvoir valablement exploiter un fonds de commerce. Le mari a cependant la possibilité d'éviter le recours des créanciers commerciaux de la femme sur les biens de communauté, en s'opposant conformément au § 1354 B. G. B. à l'activité commerciale de sa femme et en faisant inscrire son opposition au registre matrimonial [3]).

Dans les trois départements recouvrés, les femmes mariées ont perdu leur capacité du jour au lendemain par le fait de l'introduction des lois françaises. Il y eut bien quelques propositions tendant au maintien de la capacité des femmes alsaciennes et lorraines, mais le droit français se serait mal accordé avec une pareille innovation. Celle-ci aurait eu trop de répercussions dans notre droit et en 1924, le législateur avait déjà assez de peine avec les changements qui étaient indispensables. Voici en quels termes s'est exprimé au Sénat, le rapporteur M. Eccard: « En ce qui concerne la protection des incapables, nous déplorons comme le rapporteur de la Chambre que les dispositions, beaucoup plus libérales, du droit local qui conservent à la femme mariée sa pleine capacité juridique, n'aient pas pu être maintenues dans le cadre des lois françaises. Nous espérons qu'une réforme prochaine du droit français donnera satisfaction à ceux qui, comme nous, estiment que le mariage ne doit pas être pour la femme une cause d'incapacité » [4]).

3) R. Foertsch, Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin, 1897, p. 23; Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. 1, p. 302, N° 245, note 2; J.-P. Niboyet, Répertoire Pratique, t. 1, sous Etat et Capacité, p. 181, N° 16; G. Cendrier, op. cit., N° 809.

4) Sénat, Session ordinaire de 1924, N° 227, Revue juridique d'Alsace et de Lorraine, 1924, p. 245.

Quelles sont donc les règles applicables dans notre droit ? Nous répondrons à cette question, en étudiant le fondement de la nécessité de l'autorisation prévue dans l'article 4 du code de commerce, les caractères de cette autorisation, quelques cas spéciaux, puis l'habilitation par la justice et enfin les conséquences du défaut d'autorisation.

§ 1. — Fondement de la nécessité de l'autorisation

L'article 4 du code de commerce édicte le principe que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. La plupart des auteurs considèrent que la nécessité de l'habilitation a son fondement dans l'incapacité de la femme mariée. Une partie de la doctrine cependant se refuse à reconnaître ce motif au principe de l'article 4 du code de commerce et soutient au contraire que le consentement exigé par la loi est un attribut de la puissance maritale. MM. Planiol, Ripert et Rouast qui n'étudient pas cette question sous la rubrique de l'incapacité de la femme, déclarent: « L'autorisation du mari n'est pas le remède à une incapacité, mais l'exercice même de ce droit de contrôle » [5]). Ils justifient leur opinion par la considération que l'exercice d'une profession par la femme l'éloigne du domicile conjugal, lui impose des obligations qui peuvent lui faire oublier ses devoirs de mère et d'épouse, que spécialement la profession commerciale est de nature à lui faire courir le risque de la faillite et de la banqueroute. L'existence de tous ces dangers éventuels expliquerait pourquoi l'habilitation à faire du commerce est donnée par le mari en vertu de son pouvoir de contrôle et de chef du ménage et non pour relever d'une incapacité.

5) Planiol et Ripert, op. cit., t. 2, par Rouast, p. 307, N° 384; voir aussi Guibal, op. cit., p. 73 s.

A notre avis, les raisons invoquées ne sont pas pertinentes.

1) Les actes prévus par les articles 215 et suivants du code civil et que la femme mariée ne peut pas remplir sans autorisation, peuvent avoir des conséquences toutes aussi graves que l'exercice d'une profession et sont susceptibles également d'amener la famille à la ruine; et pourtant, personne ne saurait contester que la nécessité d'autorisation pour d'accomplissement de ces actes est fondée sur l'incapacité de la femme mariée.

2) Il est vrai qu'à première vue, les arguments de l'opinion contraire semblent décisifs; on est obligé de convenir que l'autorité maritale est pour quelque chose dans le principe de l'article 4 du code de commerce. Mais, en réalité, il faut reconnaître que la règle de l'incapacité elle-même a sa cause première dans la puissance maritale. La femme, en se mariant, perd sa capacité, pour le motif que c'est le mari qui est le chef du ménage. L'incapacité de la femme mariée ayant donc son fondement dans la puissance maritale, il est tout naturel que les conséquences de l'incapacité puissent être expliquées directement par le principe de l'autorité maritale. La nécessité de l'autorisation de la femme mariée pour exercer le commerce est un corollaire de son incapacité qui découle de la règle de la subordination de la femme à son mari. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que l'exigence de l'article 4 du code de commerce puisse se justifier par le principe de la puissance maritale.

3) Le législateur de 1924, en édictant la loi sur l'introduction des lois commerciales françaises dans les trois départements recouvrés, a fourni un nouvel argument en faveur de la théorie que nous défendons. Afin d'atténuer les effets du changement de législation en Alsace et en Lorraine qui auraient été particulièrement sensibles dans ce domaine, il a déclaré que la femme qui exerce le commerce dans les départements

du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle est réputée avoir obtenu le consentement à cet effet [6]). S'il s'agissait d'un attribut de la puissance maritale, le législateur n'en aurait pas privé ainsi par un mesure générale le chef du ménage. MM. Planiol, Ripert et Rouast eux-mêmes, en parlant de ce texte, se servent de l'expression « incapacité » et s'expriment en ces termes: « La loi du 1er juin 1924 sur l'introduction ds lois commerciales françaises en Alsace et Lorraine a essayé de concilier la règle de l'incapacité de la femme mariée mise en vigueur dans les trois départements avec la pratique commerciale établie sous l'empire des lois allemandes qui ne connaissent pas cette incapacité » [7]).

4) La jurisprudence aussi semble rattacher la condition de l'autorisation à l'incapacité de la femme mariée et non directement à la puissance maritale. En effet, elle admet que l'habilitation à faire du commerce peut être donnée par les tribunaux, en application des articles 218 et suivants du code civil [8]).

La controverse sur le fondement de l'exigence de l'article 4 du code de commerce n'est pas sans intérêt pratique, puisque la solution du problème influe sur la question de savoir, dans quels cas l'autorisation peut être donnée par la justice [9]). Elle joue aussi, comme nous le verrons plus loin, un rôle important dans l'interprétation de la loi du 13 juillet 1907.

6) Loi du 1er juin 1924, article 14, al. 1.

7) Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, N° 390.

8) Paris, 24 octobre 1844, S. 1844. 2. 581; Grenoble, 27 janvier 1863, S. 1863. 2. 79; Civ. 30 janvier 1877, D. 1877. 1. 348; Paris, 3 janvier 1878, D. 1878. 2. 28; Req. 17 janvier 1881, D. 1881. 1. 225; trib. civ. Lyon, 5 mars 1908, D. 1908. 5. 33.

Pour se convaincre de l'exactitude de la théorie que nous défendons, il suffit de se rappeler les effets du consentement; celui-ci a pour conséquence de lever l'incapacité de la femme mariée (voir note de M. Nast sous Lyon, 23 octobre 1925, D. 1927. 2. 167).

9) Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, N° 386; voir *infra*, § 4.

§ 2. — Caractères de l'autorisation

L'article 4 du code de commerce ne prescrit aucune forme pour l'autorisation que le mari doit donner à sa femme, afin d'habiliter celle-ci à faire le commerce. Aussi la doctrine [10]) et la jurisprudence [11]) sont-elles d'accord pour admettre la validité du consentement, qu'il soit exprès ou tacite. Cette solution constitue une dérogation au droit commun en matière d'autorisation maritale. Il est en effet de jurisprudence constante que l'article 217 du code civil doit être interprété restrictivement et que, par conséquent, l'autorisation maritale nécessaire à la femme pour s'obliger, ne peut être établie autrement que par le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. D'après les principes généraux, il ne suffirait donc pas de rapporter la preuve du consentement du mari par des « équivalents tirés des circonstances qui ont précédé ou suivi l'engagement pris par la femme [12]).

Cette différence radicale des solutions, suivant qu'ils s'agit d'une autorisation en vertu de l'article 217 du code civil ou de l'article 4 du code de commerce, a de grandes répercussions pratiques. Supposons en effet, qu'il s'agisse d'actes de commerce passés par la femme mariée, sans qu'elle en fasse sa profession habituelle au sens de l'article 1[er] du code de commerce. Il n'y a aucun doute que ce sont les prescriptions de l'article 217 du code civil qui doivent trouver leur application, puisque la femme n'est pas marchande publique. En vertu

10) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, N° 245; Planiol et Ripert, op. cit., t. II, N° 385 c; Cendrier, op. cit., N° 136; Guibal, op. cit., p. 71; Margat, op. cit., p. 77; Vigancour, Le fonds de commerce dans les rapports entre époux, thèse, 1928, p. 31.

11) Req. 27 mars 1832, S. 1832. 1. 365; Req. 27 avril 1841, D. 1841. 1. 229; Req. 31 mai 1875, D. 1876. 1. 390; Req. 17 janvier 1881, D. 1881. 1. 225; Paris, 18 décembre 1895, D. 1896. 2. 443; Req. 1[er] mars 1897, S. 97. 1. 352; Civ. 7 mars 1922, D. 1925. 1. 136; Paris, 28 février 1924. Journ. trib. com. 1925. 255; Trib. com. Marseille, 9 septembre 1924, Rec. dr. fr. com., 10 novembre 1924.

12) Civ. 7 mars 1922, D. 1925. 1. 136 avec note non signée et nombreuses références de jurisprudence et de doctrine.

de ces principes, la chambre civile qui avait à se prononcer sur des opérations de bourse effectuées par une femme mariée, a cassé un arrêt de la Cour de Paris qui avait admis les modes de preuve prévus par l'article 109 du code de commerce pour établir l'existence de l'autorisation maritale. La Cour de Paris, dans son arrêt, n'avait en effet pas constaté que la femme mariée en question, avait fait de ces opérations de bourse, auxquelles elle reconnaissait le caractère commercial, sa profession habituelle. Selon l'article 1er du code de commerce, cette femme ne pouvait donc pas être considérée comme commerçante et, par conséquent, pour la preuve de l'autorisation maritale, c'est l'article 217 du code civil et non l'article 4 du code de commerce qui doit être appliqué [13]).

Dans l'espèce que nous venons d'analyser, l'arrêt de la Cour d'appel n'aurait pas été cassé, s'il avait porté dans ses considérants que la femme exerçait le commerce. La question de savoir si les actes accomplis par la femme permettent une pareille assertion est en effet à examiner souverainement par les juges du fond et il suffit que la réponse soit affirmative pour que l'autorisation se déduise de ce que la femme exerçait le commerce au vu et au su de son mari [14]).

Ce principe a été consacré encore dans un arrêt récent de la chambre des requêtes [15]) qui a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Nancy. Le pourvoi reprochait à l'arrêt attaqué de ne pas avoir répondu à l'argument inséré dans les conclusions des appelantes et relatif au défaut d'autorisation maritale. La chambre des requêtes a admis que la mise en faillite des appelantes équivaut à la constatation de leur qualité de commerçantes et partant de l'existence de l'autorisation tacite; voici en quels termes elle s'est exprimée: « attendu que la Cour d'appel, en déclarant, dans ces

13) Civ. 7 mars 1922, précité.
14) Paris, 28 février 1924, précité.
15) Req. 4 février 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 643.

circonstances de fait souverainement appréciées, le jugement de faillite commun aux défenderesses a par cela même admis nécessairement qu'elles avaient la capacité légale de faire le commerce, et qu'elles en avaient reçu l'autorisation tacite de leurs maris ».

La loi du 13 juillet 1907 a-t-elle supprimé la condition posée par l'article 4 du code de commerce, en faveur de la femme qui veut exercer le commerce avec ses biens réservés ? Les auteurs qui voient dans l'exigence de l'autorisation un droit inhérent à la puissance maritale, répondent négativement à cette question, motifs pris de ce que la loi de 1907 a trait seulement à la capacité de la femme mariée et n'a pas entendu apporter une entrave à l'autorité maritale [16]). Ceux qui voient le fondement de l'article 4 du code de commerce dans l'incapacité de la femme, ne sont pas arrêtés par cette objection. Néanmoins, nous estimons que l'expression « emploi » contenue dans l'article 1[er], al. 2 de la loi de 1907 n'est pas suffisamment large pour autoriser une interprétation tendant à la suppression de la condition posée par le code de commerce, d'autant plus que les travaux préparatoires ne fournissent aucun argument en ce sens [17]).

La femme mariée, pour pouvoir exploiter un fonds de commerce en qualité de marchande publique, a donc toujours besoin de l'autorisation. Cette condition n'a pas été supprimée non plus par la loi du 1[er] juin 1924 introduisant les lois commerciales françaises en Alsace et en Lorraine. Le législateur, dans le but de faire une transition sans brusquerie entre la capacité du droit allemand et l'incapacité du droit français, a simplement créé une présomption du consentement du mari en faveur de toute femme mariée exerçant le commerce dans

16) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, p. 301, N° 245; Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, N° 390; Guibal, op. cit., p. 76; Margat, op. cit., p. 85.

17) *Contra:* Pichon, Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage, Paris, 1908, p. 87.

les trois départements [18]). Nous verrons dans la deuxième section, comment le mari peut combattre cette présomption.

Pour terminer l'examen des traits distinctifs de l'autorisation, il ne nous reste plus qu'à étudier le caractère de généralité de l'habilitation à exercer un commerce. Aux termes de l'article 220 du code civil, la femme commerçante est apte à faire tous les actes relatifs à son négoce, sans autorisation spéciale de son mari, sauf si elle veut ester en justice (art. 215 c. civ.) et si elle veut s'associer avec un tiers.

La doctrine [19]) et la jurisprudence [20]) sont d'accord pour demander une autorisation spéciale, lorsque la femme mariée veut entrer dans une société, où elle aura la qualité de commerçante. On invoque en général comme motif, le fait que la femme, en tant qu'associée, peut avoir à subir l'autorité de ses co-associés, ce qui serait inconciliable avec la puissance maritale. A notre avis, cette exigence ne se justifie pas; pratiquement d'ailleurs, les tribunaux se contentent d'une autorisation tacite. Dans l'espèce que nous avons examinée plus haut [21]), la chambre des requêtes a admis que les deux femmes qui exploitaient un commerce en association de fait avec leur père, avaient reçu l'autorisation tacite de leurs maris.

Bien que la loi du 1er juin 1924 n'ait pas visé expressément l'hypothèse de la femme, associée avec un tiers, nous estimons que les termes de l'article 14, al. 1er de ce texte sont suffisamment larges pour pouvoir être appliqués non seulement à la femme exploitant un commerce toute seule, mais aussi à celle qui s'est associée

18) Loi du 1er juin 1924, art. 14, al. 1.

19) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, N° 255; Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, N° 385; Guibal, op. cit., p. 131; Bosvieux et Houpin, op. cit., p. 80.

20) Paris, 3 décembre 1858, S. 1859. 2. 901; Req. 9 novembre 1859, S. 1860. 1. 74; Lyon, 28 juin 1866. D. 1866. 2. 224; Req. 8 décembre 1891, S. 1892. 1. 293.

21) Req. 4 février 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 643.

avec un tiers. Nous admettrons donc que même dans ce dernier cas, puisqu'elle exerce le commerce, la femme est réputée avoir obtenu l'autorisation de son mari.

§ 3. — Cas particuliers

Le cas normal est celui où les deux époux sont majeurs, mais il faut examiner brièvement les hypothèses dans lesquelles l'un des conjoints ou tous les deux sont mineurs.

Femme mineure, mari majeur. — La femme mariée mineure [22]) a besoin d'être relevée non seulement de l'incapacité édictée par l'article 4 du code de commerce, mais encore de celle prévue par l'article 2 du même code. Ce dernier texte pose comme condition de l'exercice du commerce par tout mineur émancipé, l'obtention de l'autorisation de son père ou de sa mère et en cas de décès, interdiction ou absence du père ou à défaut de ces deux parents, l'habilitation par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil. Quelques rares auteurs et quelques décisions judiciaires [23]) ont admis que l'autorisation maritale est suffisante, motif pris de ce que les attributs de la puissance paternelle passent avec le mariage entraînant l'émancipation, au mari détenteur de la puissance maritale. Ce système conduirait à exclure l'application de l'article 2 du code de commerce en faveur de l'article 4 du même code, alors qu'aucune disposition légale ne prévoit cette interprétation; il aboutirait aussi à la la création d'une inégalité de traitement suivant le sexe, puisque le mari mineur qui veut faire le com-

22) Agée d'au moins 18 ans, âge minimum d'après l'article 2 du code de commerce pour faire le commerce.

23) Cass. 3 août 1859, S. 1859. 1. 801, D. 1859. 1. 419; Trib. com. Nantes, 25 mai 1912, Gaz. Pal. 1912. 1. 292 et les renvois.

merce serait soumis à l'article 2, alors que sa femme mineure ne le serait pas.

D'après l'opinion généralement suivie, les articles 2 et 4 du code de commerce doivent être appliqués tous les deux [24]). Il va sans dire que dans la pratique les plaideurs cherchent, chaque fois que c'est possible, à tirer profit de ces dispositions, pour se soustraire à leurs obligations. C'est ainsi qu'une femme a allégué dans une espèce pour démontrer qu'elle ne pouvait être considérée comme commerçante, que l'autorisation exigée par l'article 2 du code de commerce lui manquait, puisque celle donnée avant son mariage par sa mère pour un commerce différent, ne saurait être valable après le mariage. Le tribunal de commerce du Havre [25]) auquel le litige était soumis, a repoussé, avec raison, cette argumentation par le principal considérant que voici: « Attendu que l'article 2 du code de commerce ne distingue pas entre le mineur non marié et le mineur marié, qu'il ne précise pas que l'autorisation donnée par le père ou la mère du mineur à faire le commerce doive être renouvelée lorsque ce mineur se marie..... » Il en résulte donc que l'autorisation donnée en vertu de l'article 2 du code de commerce avant le mariage, conserve sa valeur après le mariage.

L'article 14, al. 1 de la loi du 1er juin 1924 déclare que la femme mariée qui exerce le commerce dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle est réputée avoir obtenu le « consentement de son mari ». Ce texte ne vise donc pas l'autorisation exigée par l'article 2 du code de commerce. Il ne s'agit pas là d'un oubli du législateur, car l'alinéa 1 de l'article 14 de la loi d'introduction était dicté par le désir

24) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, N° 246, p. 303; Guibal, op. cit., p. 81; Margat, op. cit., p. 78; Lacour et Bouteron, op. cit., t. I, N° 108. — Paris, 15 février 1838, D. 1838. 2. 125; Poitiers, 5 mai 1880, D. 1880. 2. 252; trib. com. du Havre, 1er décembre 1924, Gaz. Pal. 1925. 1. 247.

25) Trib. com. Le Havre, 1er décembre 1924, Gaz. Pal. 1925. 1. 247.

d'atténuer les effets de la transition d'une législation admettant la capacité de la femme mariée à une législation ayant comme principe l'incapacité de la femme mariée; or, dans notre hypothèse, il s'agit d'une incapacité résultant de la minorité.

Femme majeure, mari mineur. — Tous les auteurs sont d'accord pour admettre qu'un mari mineur ne peut pas habiliter valablement sa femme à faire le commerce. Cette solution se déduit des termes de l'article 224 du code civil, desquels il résulte que l'autorisation du mari mineur seul ne suffit pas pour que la femme puisse contracter ou ester en justice. Les opinions divergent cependant sur le point de savoir sous quelles conditions l'épouse majeure d'un mari mineur peut exploiter une entreprise commerciale. Certains auteurs [26]) soutiennent que le mari mineur devrait d'abord être habilité lui-même à faire du commerce, conformément à l'article 2 du code de commerce, pour pouvoir ensuite valablement donner à son épouse l'autorisation de devenir marchande publique. Ce système se heurte cependant à la critique suivante: Les dispositions de l'article 2 du code de commerce ont pour but de faire examiner par le père, la mère ou le conseil de famille les capacités du mineur et de faire traduire leur avis favorable par une autorisation de faire le commerce; mais ces dispositions ne peuvent pas viser une habilitation en sous-ordre.

La théorie qui aboutit à contester à l'épouse majeure d'un mari mineur la faculté de se livrer au commerce n'est pas plus admissible que la précédente, car elle arriverait à interdire à une majeure ce qui est permis à une mineure.

26) Thaller, op. cit., 5e édition, N° 161, p. 113; Cendrier, op. cit., 5e éd., N° 143.

Aussi l'opinion généralement suivie [27]) tend-elle à tirer la solution de l'article 224 du code civil et à exiger outre l'autorisation du mari, celle de la justice. Cette solution se dégage de l'esprit de la loi, car le texte susénoncé vise un cas analogue, l'incapacité de la femme de contracter et d'ester en justice [28]).

La question se pose maintenant de savoir, si, dans les trois départements recouvrés, l'article 14 de la loi du 1er juin 1924 s'applique aussi à l'hypothèse de l'épouse d'un mari mineur. Nous avons vu précédemment que l'intention du législateur de 1924 était de faire disparaître dans le domaine commercial l'état d'incertitude qui est une conséquence inévitable des règles de l'incapacité de la femme mariée. Il est vrai que le cas de la femme majeure et du mari mineur se présente rarement, mais il suffit qu'il soit possible, pour que le résultat désiré par le législateur de 1924 ne soit pas atteint. La loi n'a-t-elle pas étendu son champ d'application même aux femmes non alsaciennes ou lorraines, pour créer une sphère de certitude complète ! Par ailleur, le législateur a voulu atténuer les effets de l'incapacité de la femme majeure mariée, incapacité qui était inconnue sous la législation antérieure. Or, dans notre cas, il s'agit précisément d'une femme majeure et il ne saurait être question d'obliger les tiers à rechercher, si le mari de la commerçante est mineur. Aussi croyons-nous que dans l'hypothèse visée, la femme exerçant le commerce, doit être réputée avoir obtenu l'autorisation nécessaire.

Les deux époux sont mineurs. — Dans cette hypothèse, il est nécessaire d'appliquer les solutions, précé-

27) Lyon-Caen et Renault, op. cit., N° 247; Lacour, N° 184; Guibal, op. cit., p. 84; Margat, op. cit., p. 78.

28) Nous admettons la même solution dans l'hypothèse où le mari est pourvu d'un conseil judiciaire. — Voir Lyon-Caen et Renault, op. cit., N° 249; *contra:* Guibal, op. cit., p. 86, selon lequel l'autorisation du mari est suffisante.

demment trouvées. La femme mineure aura besoin du consentement de son mari (art. 4 c. com.), de l'autorisation prévue par l'article 2 du code de commerce et de l'autorisation par la justice (art. 224 c. civ.). En Alsace et en Lorraine, elle sera réputée avoir obtenu celle du mari (art. 14 de la loi du 1er juin 1924) et celle de la justice.

§ 4. Autorisation par la justice

Il peut arriver que le mari refuse son consentement à l'exercice d'un commerce par sa femme ou qu'il soit incapable de manifester sa volonté, en cas d'interdiction ou d'absence. La question se pose alors de savoir, si la justice peut, à défaut du mari, habiliter la femme mariée à exploiter un fonds de commerce [29]).

Certains auteurs [30]) donnent une interprétation rigoureuse des textes et se basent sur les termes de l'article 4 du code de commerce qui exige le « consentement du mari », pour écarter la possibilité pour la femme d'avoir recours aux tribunaux dans l'hypothèse visée. Cet argument de texte ne nous paraît pas décisif. En effet, le code civil ne donne pas les conditions pour être marchande publique; seul le code de commerce les édicte dans son article 4. Au titre premier, il parle des commerçants et après avoir indiqué les conditions, sans la réunion desquelles le mineur ne peut pas être commerçant, il pose le principe que la femme mariée ne peut pas être marchande publique, sans le consentement du mari. Si le code de commerce qui est de 1807, avait voulu apporter une dérogation au prin-

29) Le code civil suisse est très net dans son article 167, al. 2: « Si le mari refuse son consentement, la femme peut être autorisée par le juge à exercer une profession ou une industrie, lorsqu'elle établit que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille. »

30) Bravard-Veyrières et Demangeat — Manuel de Droit commercial, p. 93 s.; Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., p. 306, N° 250; Margat, op. cit., p. 83.

cipe — posé par le code civil de 1804 — que l'autorisation par la justice peut remplacer l'autorisation maritale, il l'aurait dit expressément. Le code de commerce n'a envisagé que l'hypothèse normale de la femme mariée et n'a pas voulu s'arrêter aux cas exceptionnels de refus, d'interdiction ou d'absence du mari. La doctrine n'admet-elle pas aussi, malgré le silence du code de commerce, que les dispositions de l'article 224 du code civil doivent s'appliquer dans l'hypothèse où le mari est mineur ? [31]).

Nous pensons donc que dans le cas qui nous occupe, la femme peut demander aux tribunaux l'autorisation de faire du commerce, conformément à l'article 219 du code civil [32]). Vainement objecterait-on que d'après les articles 5 du code de commerce et 220 du code civil, la femme oblige son mari, s'il y a communauté entre eux et que, par conséquent, le législateur a formellement écarté la possibilité de l'autorisation judiciaire, puisque dans ce dernier cas, les actes de la femme ne pourraient pas engager le mari. En vérité, ces textes contiennent implicitement une distinction. Ils envisagent l'hypothèse de la femme marchande publique et ils déclarent qu'il n'y a pas lieu pour la femme s'obligeant dans son négoce de demander l'autorisation du mari pour chaque acte, ce qui suppose que la femme ait à s'adresser au mari, c'est-à-dire que celui-ci n'ait déjà pas refusé l'habilitation à la femme. Si le mari n'a pas donné l'autorisation pour faire du commerce, la question pour la femme de s'adresser à lui pour des actes relatifs au négoce que le mari a déjà désapprouvé, ne se pose même plus. Ce que le législateur a voulu préciser, c'est que le mari ayant donné son consentement à l'exercice du commerce, est tenu pour tous les actes du négoce, sans autorisation spéciale

31) Voir *supra*, § 3.

32) Telle est la tendance aussi de la jurisprudence (V. *supra*, § 1, 4), qui, en fait, ne semble cependant avoir accordé l'autorisation, à la place du mari, qu'à des femmes séparées de biens.

pour chaque acte. Si l'autorisation initiale a été donnée par la justice, c'est évidemment le droit commun qui s'applique et le mari n'est pas tenu des obligations contractées par sa femme (art. 1419 et 1426 c. civ.).

Les partisans de la théorie, selon laquelle le fondement de la nécessité de l'autorisation du mari pour l'exercice d'un commerce, réside dans la puissance maritale, n'admettent en général l'intervention de la justice en aucun cas [33]). Il y a lieu de signaler toutefois que MM. Planiol, Ripert et Rouast [34]), tout en considérant le consentement exigé par l'article 4 du code de commerce comme un attribut de l'autorité maritale, estiment que le refus du mari est soumis au contrôle des tribunaux pour prévenir les abus d'autorité. Ces savants auteurs sont ainsi amenés à reconnaître la possibilité de l'autorisation judiciaire en cas de refus du mari et à la repousser en cas d'incapacité ou d'absence. Nous avons montré plus haut [35]) que le point de départ de ce système ne nous semble pas exact et que la raison de l'exigence de l'autorisation est l'incapacité de la femme mariée.

Dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, où la femme qui exerce le commerce,

33) Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., t. I, p. 307. — Une exception est à faire dans le cas où le mari révoque l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire le commerce. Dans cette hypothèse, les auteurs sont en général tous d'accord pour reconnaître à la femme le droit d'avoir recours à la justice, car, disent-ils, « il y a des faits précis à apprécier: les résultats du commerce exercé par la femme pendant un certain temps» (Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e éd., t. I. p. 310). — Le mari ne pourra se prévaloir vis-à-vis des tiers du retrait de l'autorisation que s'il fait la preuve que les tiers en ont eu connaissance. La révocation de l'autorisation par acte notarié n'est pas opposable, si elle n'était pas accompagnée d'une publicité suffisante. (Angers, 21 novembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 217.). Comme la loi n'a pas prévu les formalités de publicité qui sont à remplir, les tribunaux auront à apprécier la question souverainement. En Alsace et en Lorraine, le retrait d'autorisation doit être inscrit au registre matrimonial pour être opposable aux tiers (art. 30, 6e loi d'introduction civ. — Cf. *infra*, 2e section, § 2).

34) Planiol et Ripert, op. cit., t. II, p. 310 s., N° 386.

35) Voir *supra*, § 1.

est réputée avoir obtenu le consentement de son mari, celui-ci peut faire opposition à l'exploitation du fonds de commerce par sa femme. Cette dernière aura-t-elle la possibilité de demander et d'obtenir l'autorisation de la justice ? Les deux lois du 1er juin 1924 sont muettes sur ce point particulier, mais l'article 83 de la loi mettant en vigueur les lois civiles françaises, dispose que le tribunal cantonal statue à la place du tribunal civil « pour autoriser les femmes mariées à passer un acte ou à ester devant lui-même». Ce texte correspond aux articles 218 et suivants du code civil et nous concluons donc que, comme ceux-ci, il peut trouver son application pour l'habilitation de la femme mariée à faire du commerce.

§ 5. — Conséquences du défaut d'autorisation

En parlant de défaut d'autorisation, nous envisageons le cas de la femme mariée, à laquelle le mari et la justice ont refusé l'habilitation de faire du commerce. Il ne s'agit donc pas ici de la femme mariée exerçant le commerce au vu et au su de son mari qui ne s'y oppose pas, car dans ce cas la femme est considérée comme ayant obtenu l'autorisation tacite.

Le défaut d'autorisation empêchera tout d'abord la femme d'acquérir la qualité de marchande publique avec toutes les conséquences de droit. Elle ne sera donc pas justiciable des tribunaux de commerce et elle ne pourra être mise en état de liquidation judiciaire ou de faillite [36]; elle ne pourra pas non plus être poursuivie pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse.

N'ayant pas la qualité de commerçante, elle est frappée de l'incapacité édictée par l'article 217 du code civil et ses actes passés sans autorisation sont annu-

36) Nous rappelons que dans les trois départements recouvrés, elle pourrait être déclarée en état de faillite civile.

lables. Il y a lieu de relever toutefois que depuis la loi du 13 juillet 1907 qui a conféré à la femme la faculté de se constituer un pécule réservé, les obligations contractées par elle sans autorisation engagent néanmoins les biens réservés [37]).

Enfin le défaut d'autorisation aura un autre effet encore: les bénéfices éventuellement réalisés ne tomberont pas dans le pécule réservé, puisque l'application des dispositions de la loi de 1907 est subordonnée à l'autorisation de la femme mariée à l'effet d'exercer une profession [38]).

Nous ne croyons pas que l'exercice du commerce par une femme mariée sans autorisation, conduise dans la pratique jusqu'au divorce et nous ne pensons surtout pas que les tribunaux l'admettraient comme injure grave à l'égard du mari; ce serait éventuellement une question de fait soumise à l'appréciation du juge.

Section II

Formalités à remplir par la femme commerçante

Les formalités qu'une loi prescrit, sont en général destinées à renseigner les tiers sur la situation de ceux avec lesquels ils sont amenés à traiter. Les tiers qui entretiennent des rapports commerciaux avec une femme mariée ont intérêt à connaître trois choses:

1) La femme est-elle relevée de son incapacité de faire du commerce ? Dans la négative, les actes passés par la femme sont annulables et ne sortiront leurs effets qu'à l'égard des biens réservés [39]).

37) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 859, N° 1335.

38) Planiol et Ripert, loc. cit., N° 1326 in fine; Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., p. 335, N° 268.

39) Et encore cela suppose que le mari n'ait pas fait prononcer conformément à l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1907, le retrait des pouvoirs de la femme.

2) Dans le cas où la femme est habilitée à faire du commerce, l'autorisation a-t-elle été donnée par son mari ou par la justice ? La réponse à cette question a son importance, puisque sous le régime de la communauté, les actes de la femme commerçante engagent même les biens communs et ceux du mari dans l'hypothèse où celui-ci a donné l'autorisation de faire du commerce (art. 220 c. civ. et 5 c. com.) [40]).

3) Les tiers ont enfin un grand intérêt à savoir sous quel régime matrimonial les époux sont mariés, car suivant le régime, les créanciers ont des droits plus ou moins étendus sur les biens des époux.

Pour permettre aux tiers d'obtenir ces renseignements, la femme commerçante est astreinte à remplir un certain nombre de formalités que nous allons examiner.

§ 1. — Règles applicables dans toute la France

Les articles 67 et suivants du code de commerce prévoient la publicité du régime matrimonial des époux dont l'un est commerçant. Les règles qui y sont édictées s'appliquent sans distinction qu'il s'agisse du mari ou de la femme qui exerce le commerce. Comme elles ne sont pas spéciales à la femme marchande publique, nous n'avons pas à nous y arrêter. Signalons cependant que la publicité organisée par ces textes consiste dans l'affichage aux lieus désignés par l'article 872 du code de procédure civile pendant un an d'un extrait du contrat de mariage, annonçant le régime matrimonial, autre que le régime légal, sous lequel les époux se sont mariés [41]). Cette publicité, si elle était efficace, ce qui est très problématique, permettrait donc aux tiers d'obtenir l'un des trois renseignements désirables que nous avons

40) Cour d'appel d'Angers, 21 novembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 217.

41) Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., t. I, N° 314 s.; Planiol, Ripert et Nast, op. cit., t. VIII, N° 73; Chéron, op. cit., N° 371 s.; Guibal, op. cit., p. 98 s.

indiqués ci-dessus; ils sauraient ainsi quels biens des époux sont susceptibles d'être engagés par les actes de la femme. Dans l'hypothèse où la femme aura pris la qualité de commerçante déjà dans le contrat de mariage (art. 67 c. com.), les tiers pourront même en conclure que le mari, co-contractant, a relevé sa future femme de l'incapacité dont elle va être frappée par suite de la célébration du mariage.

La sanction du défaut des formalités exigées par le code de commerce ne frappe pas les époux dans l'hypothèse où la femme était déjà commerçante au moment de la passation du contrat de mariage, car les mesures de publicité prévues doivent être prises par les soins du notaire; il faut excepter évidemment le cas de collusion entre les époux et le notaire [42]). Il en serait différemment, lorsque la femme mariée, devenant commerçante après la célébration du mariage, omettait de faire la publication imposée par l'article 69 du code de commerce. Outre qu'elle pourrait être, en cas de faillite, poursuivie pour banqueroute simple, elle ne pourrait pas se prévaloir vis-à-vis des tiers des clauses du contrat de mariage, étant donné que l'omission commise constitue un quasi-délit civil [42]).

La loi du 10 juillet 1850 modifiant les articles 75, 76, 1391 et 1394 du code civil a donné aux tiers un nouveau moyen pour se renseigner sur l'existence d'un contrat de mariage. Elle n'est pas spéciale aux commerçants et a pour résultat de faire figurer sur les registres des actes de mariage une mention indiquant si un contrat de mariage a été conclu et dans l'affirmative par quel notaire il a été dressé. L'inobservation de cette prescription, au point de vue qui nous intéresse, n'entraîne pas l'inopposabilité du contrat de mariage aux tiers, sauf pour ce qui concerne l'inaliénabilité dotale que les créanciers pourront méconnaître [43]).

42) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, p. 395; Planiol, Ripert et Nast, op. cit., t. VIII, p. 95; Guibal, op. cit., p. 100.

43) Planiol, Ripert et Nast, op. cit., t. VIII, N° 71.

Il est visible que les mesures de publicité dont nous venons de parler ne sont pas de nature à fournir aux tiers qui veulent traiter avec une femme mariée, les trois sortes de renseignements que nous avons indiquées en tête de cette section. Le législateur se fait des illusions, s'il croit que quelqu'un consulte les documents affichés dans l'auditoire du tribunal ou dans la chambre des notaires; en plus, l'affichage étant temporaire, il n'entre pas en ligne de compte pour les tiers qui entrent en relations commerciales avec la femme un an après l'acquisition par celle-ci de la qualité de commerçante.

Pas plus que les articles 67-70 du code de commerce, la loi Valette de 1850 n'a atteint son but, car son application suppose que les tiers connaissent le lieu du mariage des époux. Même s'ils ont pu se faire délivrer un extrait de l'acte de mariage, ils ne sont pas encore renseignés sur la nature du régime adopté et ils sont obligés de s'adresser au notaire, par-devant lequel le contrat de mariage a été dressé.

La création du registre du commerce par la loi du 18 mars 1919 a, dans une certaine mesure, apporté un remède à cette situation. Dorénavant chaque tiers peut obtenir un extrait du registre avec la mention du régime matrimonial des époux qui a été inscrit dans les cas visés par les articles 67 et 69 du code de commerce. La loi n'a prévu comme sanction du défaut d'inscription au registre du commerce que l'amende, mais conformément aux principes généraux, la jurisprudence ne manquera pas de voir un quasi-délit dans l'inobservation des dispositions légales et y attachera les mêmes conséquences qu'à l'infraction aux règles de l'article 69 du code de commerce.

Les tiers trouveront-ils dans le registre du commerce les deux autres renseignements dont ils ont besoin, à savoir si la femme est relevée de son incapacité de faire du commerce et qui l'a habilitée ? D'après l'article 4, 6e de la loi de 1919, la déclaration remise

au greffier par la requérante doit indiquer « l'autorisation expresse de faire le commerce » qui lui a été donnée en vertu de l'article 4 du code de commerce. Il faut convenir que le terme « autorisation expresse » est quelque peu inquiétant, car on peut se demander si le législateur a voulu condamner la jurisprudence qui admet l'autorisation tacite [44]). Rien ne permet cependant d'admettre que le législateur ait voulu faire dépendre l'acquisition de la qualité de commerçante de l'inscription au registre du commerce ou qu'il ait voulu aggraver les conditions pour l'acquisition du caractère de marchande publique. Bien au contraire, la loi de 1919 renvoie à l'article 4 du code de commerce et admet donc implicitement l'interprétation que la jurisprudence a donnée de ce texte.

La disposition de l'article 4, 6e de la loi de 1919 doit donc être, selon nous, appliquée de la façon suivante : Si le mari a donné l'autorisation sous une forme expresse ou si, à défaut du mari, la justice a habilité la femme à faire du commerce, mention de cette autorisation expresse devra en être faite sur le registre du commerce. Par contre, dans l'hypothèse où la femme exploite un fonds de commerce simplement au vu et au su de son mari, le registre du commerce ne comportera aucune inscription relative à l'autorisation. Ce système n'est pas dépourvu de risque pour les tiers, puisque la question de savoir si l'autorisation tacite du mari existe, est souverainement jugée par les tribunaux, de sorte que l'incertitude sur ce point n'a pas disparu par la création du registre du commerce.

§ 2. — Règles spéciales à l'Alsace et la Lorraine

Les règles que nous venons d'examiner dans le paragraphe précédent s'appliquent à toute la France, donc aussi aux trois départements recouvrés. Mais à raison

44) Voir *supra*, 1re section, § 2.

de la différence fondamentale entre la législation en vigueur avant 1925 et la législation française et dans le but d'atténuer les effets de la transition, le législateur de 1924 a apporté quelques modifications qu'il y a lieu de signaler.

Nous avons déjà exposé plus haut [45]) que la femme mariée qui exerce le commerce sur le territoire des trois départements recouvrés est réputée avoir obtenu le consentement de son mari (art. 14, al. 1 de la loi du 1er juin 1924 introduisant les lois commerciales). En conséquence, la formalité de l'inscription de l'autorisation maritale au registre du commerce est inutile; par dérogation à l'article 4, 6e de la loi du 18 mars 1919, l'indication de l'autorisation maritale expresse dans la déclaration remise au greffier n'est pas obligatoire en Alsace et en Lorraine (art. 14, al. 2) [46]). M. Cendrier [47]) subordonne l'existence de la présomption de l'autorisation à l'immatriculation de la femme au registre du commerce, ce qui ne nous semble pas exact, puisque l'article 14 de la loi de 1924 ne dit pas que « la femme mariée qui est inscrite au registre du commerce etc... », mais « la femme qui exerce le commerce etc... ». Pratiquement, il est vrai, la femme qui exerce le commerce, sera inscrite au registre du commerce, puisque l'immatriculation est obligatoire.

Le mari qui refuse à sa femme l'autorisation d'exploiter un fonds de commerce devra, s'il veut se garantir contre les effets des actes de sa femme, remplir certaines formalités. Il devra notamment requérir l'inscription de son opposition au registre du commerce et au registre matrimonial. Si son refus n'est pas mentionné dans ce dernier registre, il n'est pas opposable aux tiers de bonne foi (art. 14, al. 4).

On peut imaginer une femme mariée qui, pour empêcher son mari de faire inscrire son opposition, ne

45) Voir *supra*, 1re section, § 2.

46) Voir Niboyet, Répertoire pratique, sous Registre du commerce, article de M. Fleurent, N° 25.

47) Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 915, p. 641.

requiert pas son immatriculation, ce qu'elle peut d'autant mieux faire que la loi édicte une présomption d'autorisation, si elle « exerce le commerce ». Nous admettrons que le mari peut alors demander l'immatriculation en même temps que l'inscription de son opposition.

Si la femme, après le refus de son mari de l'habiliter, obtient l'autorisation de la justice [48]), cette autorisation doit faire l'objet d'une inscription au registre du commerce. La femme aura intérêt à ce que mention en soit faite sur le registre, si son mari y a fait inscrire son opposition. En effet, les tiers en voyant la mention de l'opposition du mari, sans voir celle de l'autorisation par la justice, ne voudront pas contracter avec la femme, par crainte d'une annulation éventuelle des actes passés.

En dehors de la publicité assurée par les règles du code de commerce (art. 67—70), du code civil (art. 75, 76, 1391 et 1394) et de la loi sur le registre du commerce, il existe en Alsace et en Lorraine encore un autre mode de publication. En effet, le législateur de 1924 a maintenu pour dix ans dans les trois départements, le «Güterrechtsregister» prévu dans les articles 1558—1563 du B. G. B. allemand.

Le registre matrimonial est absolument indispensable dans les législations qui, comme la législation allemande, ne consacrent pas le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Dans notre droit, sans avoir la même importance, il peut remplir cependant le rôle de registre centralisateur. Voici en quels termes s'exprime Me Degand [49]): « .....il constitue une simplification et un progrès dont il importe de conserver le bénéfice, en attendant son extension à toute la France ».

Le registre matrimonial doit comporter l'inscription d'un extrait du contrat de mariage indiquant le régime sous lequel les époux se sont mariés (art. 30,1 de

48) Voir *supra*, 1re section, § 4.

49) Niboyet, Répertoire pratique, sous Registre matrimonial, article de Me Degand, N° 57.

la loi du 1er juin 1924 introduisant les lois civiles). La sanction pour inobservation de cette prescription se place dans le domaine civil. Tandis que les dispositions du code de commerce et du code civil français ne prévoient pas spécialement l'inopposabilité du contrat de mariage aux tiers et laissent aux tribunaux le soin de tirer les conséquences du quasi-délit engendré par l'infraction aux textes légaux, la loi de 1924 (art. 34) sanctionne le défaut d'inscription en réputant les époux mariés sous le régime de la communauté légale. Cette sanction qui s'applique même dans le cas où les époux se sont conformés aux règles des autres dispositions légales, donne aux tiers une garantie et une sécurité complètes.

Les deux autres renseignements qui sont nécessaires et que nous avons signalés au début de cette section, peuvent être donnés aussi par le registre matrimonial. En consultant ce registre, les tiers auront une réponse non équivoque aux deux questions: la femme est-elle relevée de l'incapacité de faire le commerce et qui l'a relevée?

Supposons en effet que le registre matrimonial ne comporte aucune mention relative à l'autorisation d'exploiter un fonds de commerce. Les tiers pourront sans hésitation contracter avec la femme, car celle-ci en exerçant le commerce, est réputée avoir obtenu l'autorisation maritale (art. 14,1 loi com. de 1924) et l'opposition du mari ou le retrait de l'autorisation sont inopérants à l'égard des tiers, si le registre matrimonial n'en contient pas la mention (art. 14, al. 4 loi d'introduction com. et art. 30, al. 6 loi d'introduction civ.) » [50]).

Dans l'hypothèse, par contre, où il ressort du registre matrimonial que le mari s'oppose à ce que sa femme exerce le commerce, les tiers ainsi avertis sauront à quoi ils s'exposent en contractant avec la femme. Si celle-ci a obtenu l'autorisation judiciaire, elle ne

50) Voir Dalloz hebd. 1930, Chronique, p. 12.

manquera alors pas de la faire inscrire au registre ou de la produire aux tiers [51]).

Le système actuellement en vigueur en France manque d'unité et de cohérence; il est trop compliqué et n'offre pas, en dehors du territoire des trois départements recouvrés, des garanties suffisantes aux tiers. Ce manque de sécurité pour les tiers est au fond à attribuer beaucoup moins à la défectuosité du système de publication qu'au fait que l'existence de l'autorisation tacite du mari n'est pas toujours indiscutablement établie. Nous nous associons à Me Degand [52]) pour souhaiter l'extension du registre matrimonial à toute la France et nous osons espérer qu'un jour ou l'autre, le législateur, s'il ne veut pas supprimer purement et simplement l'incapacité de la femme mariée, y apportera cependant une importante atténuation, en édictant une présomption d'autorisation analogue à celle contenue dans la loi de 1924.

---

51) Le registre matrimonial remplit d'autant mieux son rôle que selon l'article 33 de la loi de 1924, les inscriptions sont faites non seulement sur le registre du domicile du mari, mais également au lieu où la femme exerce le commerce.

52) Voir article précité.

IIe Partie

LES EFFETS JURIDIQUES DE L'EXPLOITATION D'UN FONDS DE COMMERCE PAR UNE FEMME MARIEE COMMUNE EN BIENS

L'incapacité édictée par l'article 217 du code civil entrave lourdement l'activité de la femme mariée et constituerait un empêchement prohibitif à l'exercice du commerce, si elle frappait aussi la femme marchande publique. Aussi bien, celle-ci possède-t-elle la capacité d'une femme célibataire, sauf les restrictions que nous indiquerons. La question de la capacité nous amènera à donner également quelques développements, relatifs aux pouvoirs de la femme. La capacité et les pouvoirs de la femme mariée sont deux matières très connexes, empiétant l'une sur l'autre, mais qu'il importe de bien séparer.

Après avoir vu comment et dans quelle mesure, la femme mariée peut exploiter un fonds de commerce, il est nécessaire de procéder à l'examen des effets des actes de la femme, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif.

CHAPITRE PREMIER

CAPACITE ET POUVOIRS DE LA FEMME

La question de la capacité de la femme mariée commerçante dont nous abordons l'étude, a été traitée déjà dans maints ouvrages et nous ferions un travail inutile, si nous nous contentions de reproduire ce qui se trouve exposé dans des manuels ou thèses. Nous nous efforcerons, au contraire, d'analyser le dernier état de la jurisprudence en cette matière, car la connaissance de la jurisprudence est indispensable pour l'application exacte de la loi.

Lorsque la femme mariée commerçante contracte, notamment lorsqu'elle veut aliéner le fonds de commerce qu'elle exploite, il peut se poser à côté d'une question de capacité un problème relatif aux pouvoirs, qui, jusqu'à un arrêt de la Cour de Lyon [1]) a passé presque inaperçu et dont nous tiendrons compte dans notre première section. Dans la deuxième section, nous verrons dans quelle mesure la jurisprudence a fait bénéficier la femme commerçante de la capacité d'ester en justice, prévue par la loi du 13 juillet 1907. Enfin, nous terminerons ce chapitre par quelques considérations relatives au nom sous lequel la femme mariée peut exploiter son établissement commercial.

Section I

Capacité et pouvoir de contracter

Aux termes des articles 220 du code civil et 5 du code de commerce, la femme mariée marchande publique s'oblige valablement pour ce qui concerne son

1) Lyon, 23 octobre 1925, D. 1927. 2. 167 avec une note de M. Nast.

négoce « sans l'autorisation de son mari ». MM. Lyon-Caen et Renault [2]) critiquent cette dernière expression, en faisant remarquer que « la femme ne s'oblige pas sans autorisation ». Il est évident et il résulte du contexte que le législateur a voulu sous-entendre par cette formule que les actes passés par la femme dans l'exercice du commerce sont valables sans autorisation spéciale de son mari.

La capacité de la femme mariée marchande publique est très large et l'article 7 du code de commerce a pris soin de préciser qu'elle peut engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles [3]). Est-ce à dire que les tiers peuvent contracter avec la femme mariée qui exerce le commerce en complète sécurité ? A cette question, on ne peut pas répondre affirmativement, si on se rappelle que la condition pour la validité des actes passés par la femme est qu'elle ait obtenu l'autorisation de faire du commerce. Pour qu'une autorisation spéciale à chaque acte de la femme mariée soit inutile, il faut que celle-ci soit habilitée à exploiter le fonds de commerce. Chaque fois que l'habilitation générale n'aura pas été donnée sous une forme expresse, le mari aura la ressource, pour se soustraire aux conséquences d'un acte de sa femme, d'invoquer le défaut d'autorisation de faire le commerce. Il est vrai que la jurisprudence se montre très large pour admettre l'autorisation tacite [4]), mais les tiers — s'ils veulent éviter des difficultés ultérieures — feront bien d'exiger l'autorisation expresse du mari ou son concours, quand ils veulent passer un acte important avec la femme [5]).

2) Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., N° 252, p. 312.

3) Voir sur la capacité de contracter Lyon-Caen et Renault, op. et loc. cit.; Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, p. 347, N° 429 et t. VIII, par Nast, p. 627, N° 562; Guibal, op. cit. p. 139; Margat, op. cit., p. 115; Vignaucour, op. cit., p. 34.

4) Voir *supra*, Ire partie, chapitre II, 1re section, § 2. De même, la jurisprudence admet que la révocation par le mari de l'autorisation donnée à la femme ne peut être opposée aux tiers que s'ils l'ont connue (Angers, 21 novembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 217.).

5) Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 138, p. 101.

Dans les trois départements recouvrés, les tiers pourront traiter en parfaite sécurité, car — du moment que le mari n'a pas fait inscrire son opposition au registre matrimonial [6]) — la femme qui exerce le commerce est réputée avoir obtenu le consentement du mari et en conséquence capable de s'obliger valablement.

En supposant la femme mariée autorisée à exploiter un fonds de commerce, elle peut valablement contracter sans autorisation spéciale. Nous avons déjà rencontré plus haut [7]) une exception à ce principe, créée par la jurisprudence, suivant laquelle la femme commerçante a besoin d'une autorisation spéciale pour former une société avec un tiers. L'activité de la femme est soumise à d'autres limites et restrictions qu'il importe d'examiner d'un peu plus près.

§ 1. — Actes étrangers au négoce de la femme

La clarté du texte (art. 220 c. civ., 5 c. com.) qui dispense la femme marchande publique de l'autorisation spéciale, seulement pour les actes concernant son négoce, ne permet aucune discussion sur ce point. Les actes qui sont étrangers au commerce de la femme exigent pour leur validité que les conditions de l'article 217 du code civil soient remplies [8]).

Les difficultés se présentent dans la pratique, lorsqu'il s'agit d'établir si tel acte donné est relatif au commerce ou non. La grande partie de la doctrine [9]) et la jurisprudence [10]) admettent avec raison que la pré-

6) Cf. *supra*, 1re partie, chapitre II, 2e section, § 2.

7) Cf. *supra*, Ire partie, chapitre I, 3e section et chapitre II, 1re section, § 2.

8) Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, p. 347, N° 429, 1; Paris, 10 mars 1868, D. 1868. 5. 34; Dalloz, Répertoire pratique, V° commerçant N° 63; Chéron, op. cit., p. 228, N° 359,

9) Planiol et Ripert, op. et loc. cit.; Guibal, op. cit., p. 143.

10) Req. 23 janvier 1854, D. 1854. 1. 175; Dalloz, op. et verb. cit., N° 64; Angers, 21 novembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 217.

somption édictée par l'article 638 du code de commerce, en vertu de laquelle les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce, s'applique aussi à la femme marchande publique.

Cette présomption est-elle irréfragable ou bien le mari peut-il être admis à prouver que l'effet souscrit par la femme sans son autorisation est étranger au commerce et en conséquence nul ? La chambre civile de la Cour de Cassation [11]) avait à statuer sur cette question dans les circonstances que voici: Le bénéficiaire d'un billet à ordre signé par une femme commerçante sans autorisation spéciale, mais qui était habilitée par son mari à faire le commerce, avait assigné les deux époux à payer solidairement le montant de l'effet. Le tribunal d'Angers avait condamné la femme [12]) seule au paiement du billet à ordre et avait débouté la demande dirigée contre le mari, motif pris de ce que l'autorisation maritale, limitée aux besoins du commerce de la femme, ne pouvait s'appliquer à un emprunt contracté par celle-ci pour les causes différentes indiquées dans l'assignation.

La Cour d'Angers, à laquelle l'espèce était soumise en instance d'appel, avait infirmé la décision des premiers juges et avait condamné le mari au paiement du billet litigieux, en s'attachant au fait que l'acte notarié d'habilitation comportait pour la femme l'autorisation de souscrire « tous » effets de commerce. Il est certain que cet arrêt n'était pas bien motivé, car de deux choses l'une: ou bien l'acte était afférent au commerce et alors il obligeait le mari, ou bien il ne concernait pas le négoce et dans ce cas une autorisation spéciale était nécessaire pour sa validité [13]). L'arrêt de la Cour d'appel n'avait pas recherché si le billet à or-

11) Civ. 12 juin 1928, Gaz. Pal. 1928. 2. 319, Journ. Trib. com. 1928. 677.

12) Même sans autorisation, la femme peut, en effet, engager ses biens réservés.

13) Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par M. Rouast, p. 365, N° 451.

dre « avait ou non été créé dans les limites de l'autorisation conférée par le mari », c'est-à-dire pour le négoce de la femme et il fut cassé par la chambre civile. La Cour suprême admet donc incontestablement que l'offre de preuve du mari, tendant à établir que l'acte de la femme ne concerne pas son commerce, est pertinente et doit être administrée.

§ 2. — Achat et vente d'un fonds de commerce

Nous venons de voir que la dispense d'une autorisation spéciale n'existe pas pour les actes de la femme mariée commerçante qui ne se rapportent pas à son négoce. Quid pour l'achat et la vente d'un fonds de commerce?

A. — *Acquisition d'un fonds de commerce*

Dans trois hypothèses, la solution est certaine et aucune difficulté ne peut se présenter.

a) Supposons en premier lieu qu'une femme marchande publique désire faire l'acquisition d'un fonds de commerce pour le donner ou bien pour placer ses capitaux [14]) ; cette opération ne concernant pas son négoce, rentre dans la catégorie des actes que nous avons examinés dans le paragraphe précédent et nécessite pour sa validité l'autorisation maritale, à moins qu'il s'agisse de l'emploi de biens réservés.

b) A l'inverse, si l'acquisition du fonds de commerce est une opération relative au négoce de la femme, celle-ci n'a pas besoin pour l'effectuer d'une autorisation spéciale. Il en est ainsi, lorsque l'objet du commerce de la femme est l'achat et la revente de fonds,

14) Comp. Req. 21 août 1882, S. 83. 1. 113; Nancy, 11 février 1920, Gaz. Pal. 1920. 1. 331.

car dans ce cas le caractère commercial de ces actes résulte directement de l'article 632 du code de commerce. De même encore, l'autorisation spéciale est inutile, lorsque la femme fait l'acquisition d'un fonds de commerce concurrent en vue de le fermer, car cette opération intéresse au plus haut point son négoce [15]).

c) La femme mariée qui emploie des biens réservés à l'acquisition d'un fonds de commerce, peut sans difficultés passer l'acte d'achat, puisqu'elle y est autorisée par les termes mêmes de la loi du 13 juillet 1907. Le plus souvent ce sera d'ailleurs par cette voie que la femme exercera un commerce; c'est l'hypothèse de la première d'un atelier de couture qui, avec ses économies, fait l'acquisition d'une maison de couture.

Les solutions sont un peu plus douteuses dans les deux hypothèses suivantes:

a) Une femme mariée autorisée à faire le commerce, peut faire l'acquisition d'un nouveau fonds de commerce d'une branche différente. On est en principe d'accord que si l'autorisation a été donnée pour le commerce en général et non pour un commerce déterminé, l'habilitation vaut pour tout commerce, sans que l'on puisse opposer l'article 223 du code civil [16]). En conséquence, puisque l'habilitation s'étend aussi à ce nouveau commerce, une autorisation spéciale est inutile pour l'achat du fonds qui est une opération se rattachant directement au négoce de la femme.

b) L'hypothèse la plus délicate est celle où la femme mariée veut acquérir un fonds de commerce, sans avoir précédemment exercé le commerce. L'opération est-elle commerciale ? Cette question peut être posée, car on peut admettre qu'au moment de la passation de l'acte, la femme n'avait pas encore la qualité de marchande

15) V° Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 128, note 4.

16) Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., N° 245, p. 303. — Le tribunal commercial de Marseille a décidé que l'achat d'un nouveau fonds de commerce constitue un contrat distinct pour la validité duquel le consentement exprès du mari est indispensable (Marseille, 19 novembre 1924, Rec. Marseille 1926. 1. 167.).

publique [17]). L'opinion qui semble cependant triompher est celle qui attribue le caractère commercial à l'acquisition du fonds de commerce, effectuée en vue de l'exploitation et qui justifie cette solution en disant que l'achat du fonds de commerce constitue le premier acte de la profession commerciale [18]). Cendrier [19]) qui approuve cette théorie, fait cependant une distinction suivant que le mari a donné l'autorisation de faire le commerce sous une forme expresse ou tacite. Dans le premier cas seul, la femme, selon lui, n'aurait pas besoin d'une autorisation spéciale.

Cette distinction n'est pas justifiée à notre avis. Il n'existe aucune raison théorique pour exiger, à défaut d'habilitation expresse, le concours du mari à l'acte d'acquisition ou son consentement écrit. Cendrier donne comme motif qu'il « ne peut y avoir d'autorisation tacite, puisque l'exploitation n'est pas encore commencée ». Pourquoi ne considérerait-on pas aussi dans ce cas, l'acquisition du fonds, comme le premier acte de la vie commerciale et en conséquence soumise aux mêmes règles que tous les autres actes de commerce ? L'opération effectuée au vu et au su du mari sera alors valable sans autorisation spéciale.

Nous convenons que dans la pratique, les tiers commettraient une grande imprudence, s'ils vendaient un fonds de commerce à une femme mariée qui n'est pas autorisée d'une façon expresse à faire le commerce, car l'existence de l'autorisation tacite peut être difficile à établir.

Pour terminer la question de l'acquisition d'un fonds de commerce, il ne nous reste plus qu'à dire quel-

17) Req. 24 avril 1861, D. 1861. 1. 256.

18) Lyon, 15 mars 1856, D. 1856. 2. 201; Paris, 30 juillet 1870, D. 71. 2. 16; Poitiers, 14 mai 1901, Gaz. Pal. 1901. 2. 15, S. 1902. 2. 175; Bourges, 4 juillet 1922, D. 1922. 2. 96; la Cour de Cassation n'a pas encore donné une solution de principe; Req. 8 mars 1880, D. 1881. 1. 161; 23 mars 1891, D. 91. 1. 485; 12 décembre 1911, D. 1913. 1. 129. Cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., N° 175, 176, 176 *bis*.

19) Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 139, p. 101.

ques mots relatifs à l'achat fait par les deux époux conjointement et solidairement. De ce que les articles 5 du code de commerce et 220 du code civil déclarent réputer la femme, marchande publique seulement quand elle fait un commerce « séparé », la Cour d'appel de Bourges [20]) a déduit que l'acquisition conjointe et solidaire d'un fonds par deux époux aurait nécessairement le caractère civil vis-à-vis de la femme, étant donné que celle-ci ne pourrait être que préposée dans le commerce de son mari. Une interprétation stricte des textes doit conduire fatalement à cette solution, mais nous avons vu plus haut [21]) que la jurisprudence tend à admettre que les deux époux collaborant dans le même fonds peuvent être considérés comme commerçants ; dans ce cas, l'acquisition conjointe d'un fonds de commerce doit présenter, à l'égard de la femme, le caractère commercial tout comme à l'égard du mari.

B. — *Vente d'un fonds de commerce*

De nos jours, les ventes de fonds de commerce sont des opérations extrêmement lucratives; le droit au bail, l'achalandage, le nom sont des éléments qui se paient très chers et l'aliénation du fonds constitue — le plus souvent, il est vrai, le dernier acte — mais en même temps celui des actes commerciaux qui rapporte le plus. La femme mariée commerçante peut-elle procéder sans autorisation spéciale, à la vente du fonds de commerce qu'elle exploitait ? La réponse à cette question dépend de la qualité du fonds.

Aucune difficulté n'existe, si le fonds fait partie du pécule réservé de la femme, soit que celle-ci l'ait créé elle-même, soit qu'elle l'ait acquis avec des économies provenant des produits de son travail. En effet, d'après

20) Bourges, 4 juillet 1922, D. 1922. 2. 96.

21) Cf. *supra*, I^re^ partie, chap. I, 2^e^ section, §§ 1 et 2.

la loi du 13 juillet 1907 (art. 1er, al. 3), elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis [22]).

Lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce propre à la femme, la solution est plus discutable. Mais si on admet que la vente d'un fonds de commerce est un acte commercial [23]) pour le vendeur aussi bien que pour l'acheteur, on est forcément amené à considérer la femme comme capable d'effectuer cette opération, car aux termes de la loi, elle peut valablement passer tous les acts afférents à son négoce.

La question est beaucoup plus controversée dans l'hypothèse où la femme exploite un fonds de commerce commun. Certains auteurs [24]) reconnaissent même dans ce cas le droit pour la femme d'aliéner à titre onéreux le fonds de commerce, en faisant valoir qu'aucun texte ne l'interdit, que les tiers traiteront plus volontiers avec celle qui est à la tête de l'exploitation qu'avec le mari qui y est peut-être le préposé et que les tiers ne sont censés connaître que la personne qui a exploité le fonds de commerce.

Cette opinion est vivement combattue par la doctrine [25]) et n'est pas suivie par la jurisprudence [26]). On lui reproche avant tout de faire d'une question de «pouvoir» de la femme, une question de «capacité». Les articles 5 du code de commerce et 220 du code civil, en dispensant la femme mariée commerçante d'une autorisation spéciale pour les actes de son négoce, n'ont évidemment

22) V° Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 139, p. 102; note de M. Nast dans D. P. 1927. 2. 167; Revue critique de législation et de jurisprudence, 1930, p. 391, article de M. Nast.

23) Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., N° 175, 176, 176 *bis*; telle est la tendance de la jurisprudence.

24) Guibal, op. cit., p. 284 s.

25) Note de M. Nast dans D. P. 1927. 2. 167; Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 139, p. 102; Margat, op. cit., 204; Basset, op. cit., N° 20.

26) Trib. com. Marseille, 3 juin 1920. Rec. Marseille 1921. 1. 67; 7 juin 1920, Rec. Marseille 1921. 1. 74; Lyon, 23 octobre 1925, D. 1927. 2. 167 avec note de M. Nast.

envisagé que la capacité de la femme. Ils n'ont pas entendu permettre à la femme de disposer de biens qui ne lui appartiennent pas. Or, elle n'a sur les biens de communauté qu'un droit de co-propriété et, d'après l'article 1421 du code civil, seul le mari peut les vendre, aliéner et hypothéquer. Ce sont donc les partisans du second système qui peuvent reprocher à ceux de la première opinion de ne pas se baser sur un texte, plutôt que vice versa. C'est à tort que M. Guibal [27]) par exemple écrit: « Un tel résultat nous paraît absurde, il aboutirait à restreindre la capacité de la femme mariée commerçante.... » La capacité de la femme n'est aucunement restreinte; on peut très bien imaginer que dans une législation où la femme mariée est entièrement capable de contracter, elle ne puisse aliéner des biens qui ne lui appartiennent qu'en copropriété et sur lesquels le mari a seul pouvoir.

La jurisprudence, dans les rares cas où elle avait à statuer sur cette question, s'est prononcée en faveur de la deuxième opinion. Elle a admis que le mari a le droit de faire déclarer nul l'acte de vente d'un fonds de commerce commun, passé par la femme seule[28]), sans que l'acquéreur puisse réclamer des dommages-intérêts même contre la femme, à raison de la faute personnelle qu'il a commise en ne vérifiant pas la régularité du contrat. Le tribunal commercial de Marseille a déduit de cette théorie que la femme n'est pas recevable à faire opposition contre la vente d'un fonds de commerce commun qu'elle avait exploité et qui fut réalisée par son mari [29]).

La solution doit être la même dans le cas où le fonds de commerce dirigé par la femme en qualité de marchande publique, est un bien propre du mari.

27) Guibal, op. cit., p. 285.

28) Trib. com. Marseille, 3 juin 1920, précité.

29) Trib. com. Marseille, 7 juin 1920, précité.

Section II

Capacité d'ester en justice

En droit allemand, la femme mariée, qu'elle soit commerçante ou non, peut librement ester en justice (§ 9 du code allemand et § 52 de la Z. P. O.). Avec la même netteté, l'article 168 du code civil suisse reconnaît à la femme, quelque soit son régime matrimonial, la capacité de défendre ses droits en justice sans autorisation maritale. De même, la législation anglaise n'assujettit la femme mariée à aucune formalité d'habilitation pour ester en justice [30]).

Notre législation est une des rares qui pose cette entrave à la liberté d'action de la femme. Il est vrai que l'article 218 du code civil atténue dans une certaine mesure la rigueur de l'article 215, puisqu'il prévoit expressément l'autorisation par la justice, en cas de refus du mari. Mais cette disposition ne change pas beaucoup la situation; elle entraîne des complications, des lenteurs, puisqu'il faut remplir les formalités des articles 859 et suivants du code de procédure civile et en Alsace et Lorraine celles prévues par la Z. P. O. [31]).

Aux termes de l'article 215 du code civil, la femme a besoin de l'autorisation spéciale du mari pour ester en justice, même lorsqu'elle est marchande publique. La loi du 13 juillet 1907 a suscité beaucoup de discussions dans la doctrine sur le point de savoir si la dispense d'autorisation de l'article 6 de cette loi s'applique à la femme commerçante pour les actions en justice afférentes à son commerce.

Il n'y a pas de doute que la femme marchande publique peut ester librement en justice, dans le cas où son

30) Trib. corr. Boulogne-sur-Mer, 26 janvier 1927, Gaz. Trib. 7. 7. 1927.

31) Répertoire Niboyet, sous Procédure civile et commerciale par M. Muhleisen, N° 110 et 111; Colmar, 31 janvier 1929, Revue juridique d'Alsace et de Lorraine, 1930, p. 170, avec note de Me Degand.

fonds de commerce fait partie de son pécule réservé, car c'est l'hypothèse visée par la loi de 1907. C'est en ce sens que le tribunal de paix de Nice [32]) a permis à la femme, sans autorisation de son mari, d'actionner l'acquéreur de son fonds de commerce réservé en paiement de sommes dues comme accessoires du prix de vente de ce fonds.

Les auteurs ne s'accordent cependant pas sur la solution à donner dans le cas où la femme ne fait pas le commerce avec des biens réservés. De ce que l'article 6 de la loi de 1907 limite la dispense d'autorisation aux procès relatifs « aux droits qui lui (à la femme) sont reconnus par la présente loi », certains auteurs déduisent que la femme a besoin d'une autorisation spéciale, puisque le droit de faire le commerce découle de l'article 5 du code de commerce et non de la loi de 1907 [33]).

Une grande partie de la doctrine [34]) admet, au contraire, que depuis la loi de 1907, la femme marchande publique peut librement ester en justice, peu importe que le fonds de commerce est un bien réservé ou non. Cette théorie se justifie, non pas, comme l'a soutenu M. Pichon [35]), parce que la femme qui este en justice à l'occasion des faits de son négoce, agit pour l'emploi des produits de son travail, mais parce que l'exercice d'une action en justice fait partie d'un ensemble d'opérations et d'actes qui ont pour but le gain commercial.

La jurisprudence suit nettement l'opinion, d'après laquelle la femme este librement en justice pour ce qui

32) Justice de paix, Nice, 4 mars 1910, S. 1910. 2. 324, D. 1910. 2. 217.

33) Thaller, op. cit., 5e édit., p. 115; Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 140, 716; Chéron, op. cit., N° 360, p. 229; Lacour, op. cit., N° 111.

34) Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., t. I, p. 313 s.; Pichon, op. cit., p. 79; Morin, op. cit., p. 278; Margat, op. cit., p. 122; Guibal, op. cit., p. 160; Bernard et Bonnecase, Revue trim. de droit civil, 1910, p. 5 s.

35) Pichon, op. cit., p. 79.

concerne les actes de son négoce. Nous ne pensons cependant pas, contrairement à M. Guibal, que cette solution puisse se déduire du jugement précité du tribunal de paix de Nice. En effet, cette décision dit dans un passage que « la loi lui (à la femme) donne le droit de garder et d'administrer le pécule qu'elle a seule et péniblement amassé », ce qui laisse supposer qu'il s'agit dans l'espèce d'un fonds réservé. Par contre, il a été jugé déjà à plusieurs reprises que la femme commerçante peut ester en justice sans autorisation et sans distinguer, si le fonds est ou non bien réservé [36]).

Section III

Nom sous lequel la femme mariée exploite son fonds de commerce

De nos jours, où la réclame et la publicité jouent un si grand rôle dans la vie commerciale, le nom sous lequel une entreprise est connue a une importance capitale. La femme qui exerçait avant son mariage déjà un commerce sous son nom de jeune fille, conservera donc très probablement ce nom pour l'exploitation de son établissement commercial. Dans l'hypothèse cependant, où la femme ne devient marchande publique qu'après le mariage, elle exercera très souvent le commerce sous le nom de son mari, ce qui ne présente pas de difficultés [37]), quand le mari lui a donné expressément ou tacitement le consentement exigé par l'article 4 du code de commerce. Si, par contre, le mari refusait le consentement à l'exercice du commerce et que la femme ob-

36) Trib. civ. Bordeaux, 9 novembre 1908, D. 1909. 5. 18; Trib. com. Marseille, 26 janvier 1922, Rec. Marseille 1923. 1. 193 et 19 décembre 1923, Rec. Marseille 1925. 1. 260.

37) Paris, 21 mars 1887. D. 1888. 2. 165; Req. 18 mars 1895, S. 1896. 1. 313; Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, 5e édit., N° 256 *bis;* Guibal, op cit., p. 107; Margat, op. cit., p. 107.

tenait l'autorisation judiciaire [38]), elle ne pourrait pas, à notre avis, exploiter son commerce sous le nom de son mari, car le mariage ne lui a pas fait acquérir ce nom, mais l'a fait bénéficier simplement d'un usage existant [39]) qui ne saurait être opposé au veto du mari.

Les effets de la dissolution de la communauté diffèrent selon la nature de l'événement qui met fin au régime communautaire. Après la mort du mari, la femme conserve le droit de jouissance sur le nom du défunt [40]) et elle peut même, en cas de remariage, continuer l'exploitation de son fonds de commerce sous le nom de son premier mari, à la condition toutefois d'ajouter une mention qui indique le nom du second mari [41]).

En cas de séparation de corps, le législateur ne prive pas *ipso facto* la femme de son droit d'usage du nom de son mari. En effet, aux termes de l'article 311 du code civil (loi du 6 février 1893), le jugement qui prononce la séparation de corps ou un jugement postérieur « peut » interdire à la femme le droit de porter le nom de son mari. Les tribunaux apprécieront donc souverainement les arguments et les observations présentés de part et d'autre.

Dans l'hypothèse où la communauté a pris fin à la suite d'un divorce, la question du nom est beaucoup

38) Cf. *supra*, I^re^ partie, chap. II, 1^re^ section, § 4.

39) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, par Savatier, p. 118; Planiol, I, N° 390; Civ. 16 mars 1840, S. 1841. 1. 352; Req. 17 août 1864, S. 1865. 1. 121; Req. 6 février 1889, S. 1891. 1. 379; Nîmes, 8 août 1887, S. 1888. 2. 20.

40) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, par Savatier, p. 119, N° 110; Guibal, op. cit., p. 108; Nancy, 22 février 1859, D. 1859. 2. 49.

41) Paris, 29 mars 1890, Ann. de la propr. industr., 1890, p. 320, D. 95. 2. 30; Rouen, 18 décembre 1918, Gaz. des Trib., 19-20 février 1919; Cendrier, op. cit., 5^e^ édit., N° 146, p. 104.

plus délicate que dans les cas visés ci-dessus [42]). D'un côté, il peut paraître inique qu'une femme qui a donné l'essor à son fonds de commerce sous le nom de son ex-mari, soit obligé de changer subitement la dénomination de sa maison, sous le risque de perdre une partie de sa clientèle, habituée à l'ancien nom. D'un autre côté, l'ex-mari peut soutenir que le commerce, après le divorce, est soustrait à sa surveillance et à son contrôle et que, pour éviter que son nom ne figure un jour dans une faillite ou une banqueroute, il est en droit d'exiger que son ex-femme ne se serve plus de son nom.

Ce dernier point de vue trouve un sérieux appui dans l'article 299 du code civil, qui dispose que par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom. Une partie de la doctrine [43]) soutient que ce texte n'admet pas d'exceptions et que la femme commerçante ne saurait continuer l'exploitation de son établissement commercial sous le nom de son ex-mari. Cette opinion

42) La question de savoir, si une femme commerçante divorcée peut continuer à exploiter son fonds de commerce sous le nom de son ex-mari, préoccupe suffisamment l'opinion publique, pour qu'elle n'ait pas manqué de faire l'objet de pièces de théâtre. En particulier, elle a fourni la matière à une opérette spirituelle (« J'te veux », par Henri Bataille, créée au théâtre Marigny à Paris) dont le contenu sommaire est le suivant : Une femme commerçante, après être divorcée, désire vendre sa maison de couture connue sous le nom de son ex-mari. Celui-ci s'oppose à ce que le commerce continue à être exploité sous son nom et l'amateur du fonds déclare ne vouloir l'acquérir qu'avec le nom sous lequel la maison de couture est introduite auprès de la clientèle. La commerçante trouve alors un subterfuge ingénieux; elle contracte un mariage blanc avec un homme portant le même nom que son premier mari, puis elle vend avec le consentement de son mari de circonstance, le fonds de commerce et divorce après l'aliénation.

43) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, par Savatier, N° 111, p. 119; Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, N° 256 *bis;* Guibal, op. cit., p. 111.

qui s'étaye sur quelques décisions judiciaires [44]), ne nous paraît pas exacte. Il convient de faire tout d'abord une distinction entre deux hypothèses bien déterminées :

1) Supposons que le fonds de commerce exploité par la femme pendant le mariage était un bien commun et qu'elle en fût devenue adjudicataire lors des opérations de liquidation. Il n'y a pas de doute que dans ce cas, la femme aura, dans la gestion du fonds de commerce, les mêmes droits et obligations qu'un acquéreur d'un fonds quelconque et, en conséquence, elle exploitera l'établissement commercial sous le nom de son ex-mari suivi de la mention « Madame X, successeur » [45]). Elle n'aura acquis que le nom commercial et ne pourra donc pas signer du nom de son ex-mari la correspondance ou des effets de commerce. Cette hypothèse fait bien apparaître la différence entre le nom commercial et le nom civil; celui-ci est une appellation dont l'usage est interdit à la femme après le divorce, celui-là est un élément important du fonds de commerce et représente le produit du travail, de la réclame et de la publicité [46]).

2) En passant à l'hypothèse du fonds de commerce propre de la femme, il n'y a pas de raison pour faire un mélange de ces deux notions bien distinctes. Le législateur de 1893 [47]) avait en vue le nom civil et ce qui le prouve, c'est que dans l'article 311 du code civil, il parle du droit de « porter » le nom du mari. C'est en

44) Trib. civ. Nantua, 18 février 1891, S. 1892. 2. 59; Trib. civ. Seine, 2 novembre 1895, D. 96. 2. 152; Pau, 10 janvier 1902 et 4 août 1902, S. 1902. 2. 205; Bordeaux, 3 décembre 1906, D. 1907. 2. 73, note Thomas; Trib. civ. Seine, 19 novembre 1907, S. 1909. 2. 123.

45) Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 146, p. 105.

46) La Cour suprême a reconnu toute l'importance du nom commercial, en décidant dans un arrêt du 3 février 1909 (D. 1910. 1. 451) que l'usage du nom commercial est indéfini dans le cas de transmission d'un fonds de commerce.

47) Loi du 6 février 1893.

ce sens aussi qu'il faut interpréter l'article 299 du code civil [48]) qui ne vise que le nom et pas l'enseigne [49]).

Est-ce à dire que la femme commerçante divorcée peut continuer l'exploitation du fonds de commerce sous le nom de son ex-mari, sans faire apparaître le changement qui est intervenu ? Nullement. Contrairement au droit allemand [50]), la législation française exige que l'exploitant d'un fonds de commerce fasse mention de sa qualité de successeur dans l'enseigne, dans ses factures et autres documents [51]). Or, dans notre espèce, s'il est vrai que la personne du propriétaire n'a pas changé par suite du divorce, par contre son nom a été modifié en vertu des dispositions de l'article 299 du code civil. Les principes fondamentaux du droit commercial français qui ne connaît pas la notion de la « firme », exigent donc que le nom de l'ex-mari soit suivi du nom de la femme avec la mention « successeur ».

Partant d'un principe diamétralement opposé à celui de la jurisprudence, nous aboutissons au même résultat pratique que celle-ci. Les décisions judiciaires appliquent en effet l'article 299 du code civil à l'hypothèse du fonds de commerce propre de la femme, mais admettent comme tempérament pour sauvegarder les droits de la femme, que celle-ci peut conserver le nom de son

48) Pour la réfutation de l'argument tiré des travaux préparatoires, voir Perreau, Le droit au nom en matière civile, p. 242.

49) Basset, op. cit., N° 152.

50) Aux termes de l'article 22 du H. G. B. allemand, l'acquéreur d'un fonds de commerce peut en faire l'exploitation sous la « Firma » (nom commercial) de son prédécesseur.

La loi du 1er juin 1924 introduisant les lois commerciales françaises en Alsace et en Lorraine, a imposé (art. 37) aux personnes qui usent d'une pareille firme, de faire mention de la qualité de successeur du nouveau propriétaire (art. 15) sur le registre du commerce, sur l'enseigne et dans tous autres documents.

51) Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 209, p. 154.

ancien conjoint [52]), à la condition de le faire précéder de la mention « Ancienne maison » et d'y ajouter son nom de jeune fille.

Les auteurs qui soutiennent l'applicabilité de l'article 299 du code civil à l'hypothèse précitée, citent en général aussi deux jugements qui, si on les examine de plus près, ne peuvent cependant pas confirmer leur thèse. L'un de ces jugements [53]) qualifie de concurrence déloyale le fait d'une femme divorcée de se nommer « ex-femme de X.... » pour l'exploitation d'un fonds de commerce qu'elle a créé après le divorce et qui est de la même branche que celui que les époux exerçaient pendant le mariage et que le mari continue à exploiter. Nous approuvons entièrement cette décision, car dans l'espèce, il s'agit d'un fonds créé par la femme après le divorce, donc à un moment où, en vertu de l'article 299 c. civ., elle n'avait plus aucun droit sur le nom de son mari. Dans ce cas, il n'y a pas d'élément du fonds de commerce en jeu et la solution du jugement n'est point en contradiction avec l'opinion que nous avons exposée plus haut.

Un jugement du tribunal civil de la Seine du 19 novembre 1907 [54]) a décidé que la femme artiste n'a pas droit au nom du mari après le divorce, même en modifiant quelque peu ce nom. Cette décision n'est donc pas relative au nom commercial ; or, nous estimons que dans l'espèce qui était soumise au tribunal de la Seine, l'article 299 du code civil a été appliqué à juste titre, car il s'agit là effectivement du droit de porter le nom du mari, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse de l'exploitation d'un fonds de commerce.

Pour terminer avec cette matière, nous signalons encore que la chambre civile de la Cour de Cassation.

52) Trib. civ. Seine, 2 novembre 1895, D. 1896. 2. 152; Bordeaux, 3 décembre 1906, D. 1907. 2. 73.

53) Trib. civ. Nantua, 18 février 1891, S. 1892. 2. 59.

54) S. 1909. 2. 123.

a décidé, dans son arrêt du 20 février 1924 [55]), que la règle de l'article 299 du code civil, d'après laquelle, « par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom », n'est pas d'ordre public. Cependant, nous estimons que malgré l'accord des deux ex-conjoints, la femme est obligée de faire figurer dans l'enseigne, la mention « successeur », accompagnée de son nom.

55) D. H. 1924. 265. — D. P. 1924. 1. 19. MM. Planiol et Ripert (t. I, par Savatier, p. 119, N° 111) critiquent cette décision de la Cour suprême, comme contrevenant au principe de l'indisponibilité du nom.

CHAPITRE II

LES EFFETS DES ACTES COMMERCIAUX DE LA FEMME

L'activité commerciale de la femme marchande publique a des conséquences au point de vue actif ainsi qu'au point de vue passif. Il importe donc d'étudier d'une part le sort des bénéfices commerciaux et de la plus-value éventuelle du fonds de commerce et d'autre part les effets des obligations contractées par la femme dans l'exercice de son commerce.

Section I

Bénéfices et plus-value du fonds

§ 1. — Bénéfices résultant de l'exploitation du fonds de commerce

Dans l'étude du sort des bénéfices commerciaux de la femme, il importe de faire une distinction selon l'époque de réalisation de ces gains:

1) Quels sont les droits de la femme mariée sur les bénéfices réalisés avant le mariage?

2) Qu'advient-il des bénéfices réalisés pendant le mariage?

3) Quel est le sort des bénéfices faits entre la dissolution de la communauté et la liquidation?

I. — *Bénéfices antérieurs au mariage*

Le code civil allemand (§ 1368 B. G. B.) [1]) prévoit la possibilité pour la femme de stipuler le caractère

1) § 1368 B. G. B.: « Vorbehaltsgut ist, was durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt ist. »

de bien réservé dans le contrat de mariage pour tel bien qu'il lui plaira. Les gains antérieurs au mariage peuvent donc entrer dans le pécule réservé de la femme par sa volonté.

En droit français, les bénéfices antérieurs au mariage suivent le sort de tous les autres biens que la femme apporte en mariage. Il ne peut en effet faire de doute que la loi de 1907 ne s'applique qu'aux gains réalisés pendant le mariage [2]). Le titre de la loi, relative au libre salaire de la femme *mariée* permet à lui seul déjà de conclure que l'intention du législateur n'a pas été de conférer à la femme les pouvoirs étendus de cette loi également pour les gains antérieurs au mariage.

La femme ne pourra pas obvier à cette lacune de la loi, en se mariant sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, car s'il est vrai que sous ce régime, les biens qu'elle apporte en mariage sont propres, elle n'aura cependant pas sur eux les pouvoirs très étendus qu'elle a sur les biens réservés. En l'absence de disposition analogue à celle du § 1368 B. G. B. allemand, elle ne pourra pas stipuler le caractère de biens réservés pour ses bénéfices commerciaux antérieurs au mariage. Cette lacune de la loi de 1907 est incontestablement regrettable, car il n'est pas logique de refuser à une femme mariée sur des gains antérieurs au mariage les pouvoirs qu'on lui reconnaît sur les bénéfices réalisés pendant le mariage [3]).

II. — *Bénéfices réalisés pendant le mariage*

La femme mariée a un grand intérêt à voir entrer dans son pécule réservé tous les bénéfices qu'elle réalise par son activité commerciale, car elle possède sur son

2) Douai, 1er avril 1912, D. 1913. 2. 17, avec note de M. Lalou.

3) Voir sur la question: Pichon, op. cit., p. 87; Guyon, op. cit., p. 50; Guibal, op. cit., p. 175; Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 1331.

patrimoine réservé non seulement des droits d'administration, mais même des droits de disposition. Par suite des effets de la loi de 1907, les droits du mari sont singulièrement restreints, puisque l'augmentation des pouvoirs de la femme équivaut à une diminution de ceux du mari. Il est donc particulièrement intéressant d'étudier le sort des bénéfices commerciaux de la femme mariée dans les différentes hypothèses qui peuvent se présenter sous le régime de communauté.

Nous n'avons pas à nous arrêter ici au cas où la femme mariée n'est que la préposée de son mari commerçant et où la rémunération qu'elle touche revêt nécessairement le caractère de bien réservé.

Seule l'hypothèse de la femme mariée marchande publique nécessite quelques développements. Mais il importe encore ici d'éliminer une situation, c'est celle où les deux époux exploitent conjointement le même fonds de commerce et où les dispositions de la loi de 1907 ne sont pas applicables, parce qu'il s'agit de « gains résultant du travail commun des deux époux » (art. 1er, al. 6 de la loi du 13 juillet 1907).

La situation à l'examen de laquelle nous allons procéder est celle d'une femme mariée marchande publique, à la tête d'un établissement commercial. Le fait que son mari travaille comme auxiliaire dans le même commerce ne change d'ailleurs en rien les effets de l'exploitation, pourvu que sa rémunération soit distincte de celle de la femme.

Après les éliminations précédentes, on voit que l'activité commerciale de la femme mariée peut se présenter sous des aspects multiples. Ce serait d'ailleurs une erreur de croire que la variété d'aspects s'arrête là. En effet, selon que le fonds de commerce exploité par la femme fait partie du pécule réservé, des biens communs ou du patrimoine propre du mari ou de la femme, on est en présence de situations distinctes.

Le sort des bénéfices réalisés par une femme mariée dans l'exploitation d'un fonds de commerce qui est

lui-même un bien réservé ne donne lieu à aucune discussion. Toute la doctrine est d'accord pour reconnaître à ces gains le caractère de biens réservés [4]). Cette solution est, en effet, entièrement conforme à l'esprit et aux termes de la loi de 1907, puisqu'il s'agit ici exclusivement des produits du travail de la femme mariée, soit que le fonds de commerce ait été créé de toute pièce par la femme, soit qu'elle l'ait acquis en emploi d'économies réservées.

Dans l'hypothèse, où la femme mariée retire des bénéfices d'un fonds de commerce qu'elle a constitué grâce à des capitaux prêtés par des tiers, il n'y a pas de difficulté non plus pour reconnaître à ces gains le caractère de biens réservés, car ce sont des produits de son travail personnel.

Mais l'accord ne règne plus entre les auteurs dans l'hypothèse où la femme mariée fait le commerce avec un fonds commun, un fonds propre au mari ou un fonds propre à elle-même. La controverse provient alors du fait que dans ces cas, les bénéfices ne sont pas exclusivement le produit du travail de la femme, mais résultent pour une bonne part des capitaux employés. Les partisans d'un premier système, attribuant aux capitaux le rôle prépondérant, soutiennent que les bénéfices ainsi réalisés sont engendrés par la force productive du capital et ne deviennent pas réservés [5]). La communauté ne doit pas être privée des revenus des biens qui font partie de son patrimoine ou dont elle a la jouissance.

Cette opinion est rejetée par la grande majorité des auteurs, car elle n'est pas compatible avec la généralité des termes de la loi du 13 juillet 1907. La plupart des auteurs repoussent également une autre théorie [6]), suivant laquelle il faut faire une discrimination entre

4) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 1333, p. 856; Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. 1, 5e édit., N° 267 *bis*; Margat, op. cit., p. 147; Guibal, op. cit., p. 177—178.

5) C'est le système des lois norvégienne et danoise.

6) Guibal, op. cit., p. 183; Bernard et Bonnecase, p. 31; Chéron, op. cit., p. 232, N° 365.

la part des bénéfices provenant de l'emploi des capitaux et celle engendrée par le travail. Ce système, en effet, non seulement ne trouve pas de justification dans les textes, mais donnerait lieu à une ventilation extrêmement difficile à faire. On est donc amené à reconnaître le caractère de biens réservés à la totalité des bénéfices réalisés par la femme mariée, même dans les hypothèses où le fonds est un bien commun ou un bien propre [7]). Cette solution n'a d'ailleurs rien d'inique, car le mari est libre de stipuler par une convention que la femme devra à la communauté les intérêts pour les capitaux et valeurs qui ont été mis à sa disposition. Toutefois, si le mari avait fixé un taux trop élevé qui mettrait en échec l'application de la loi de 1907, la femme pourrait en demander la réduction, puisque les dispositions de ce texte législatif sont d'ordre public [8]).

III. — *Bénéfices réalisés pendant l'indivision consécutive à la dissolution de la communauté*

Si les tribunaux ne sont pas fréquemment saisis de litiges afférents au sort des bénéfices réalisés pendant le mariage, ils ont par contre très souvent à se prononcer sur le point de savoir à qui appartiennent les gains réalisés dans la période comprise entre la dissolution de la communauté et sa liquidation.

Lorsque la communauté est dissoute par voie de conséquence, c'est-à-dire à la suite du divorce, de l'annulation du mariage ou de la mort de l'un des époux, en d'autres termes lorsque le régime communautaire n'est pas remplacé par un autre régime matrimonial — comme c'est le cas si la communauté est dissoute par voie principale (séparation de biens, séparation de corps,

7) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 1333, p. 857; Lyon-Caen et Renault, op. cit., 5e édit., t. 1., N° 267 *bis;* Margat, op. cité., p. 150; Vignancour, op. cit., p. 27; Lalou, op. cit., N° 19.

8) Cette controverse ne présente pas un grand intérêt pratique et ce qui le prouve, c'est l'absence de jurisprudence sur la question.

absence) — il ne saurait évidemment plus être question de biens réservés de la femme. En effet, non seulement les liens de la communauté ont cessé d'exister, mais également ceux du mariage. Les produits du travail de la femme commerçante ne tombent pas en communauté, ils ne sont pas non plus des biens propres, mais ce sont des biens personnels de la femme qui ne sont plus du tout à confondre avec des biens acquis pendant le mariage [9]).

L'application de ce principe ne rencontre aucun obstacle dans l'hypothèse où le fonds de commerce exploité par la femme est un de ses anciens biens propres, puisque les fruits de ceux-ci échus ou perçus depuis la dissolution reviennent de plein droit à la femme. Les difficultés surgissent par contre dans le cas où la femme continue pendant la période de l'indivision l'exploitation d'un fonds de commerce qui était un bien de communauté.

D'après la règle *Fructus augent hereditatem* qui est applicable en ce domaine comme en matière de succession, les fruits produits par la masse partageable devront accroître cette dernière. Or, l'époux qui exploite un ancien bien commun, aura intérêt à soutenir que les gains réalisés sont les produits de son travail et comme tels, doivent lui rester acquis. Les tribunaux et les cours ont très souvent eu à se prononcer sur cette question dont la solution peut être considérée actuellement comme établie.

Dans l'espèce qui était récemment soumise à la Cour de Cassation [10]), le mari [11]), à la suite d'un juge-

9) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 778, p. 137; Note de M. Capitant, sous Paris, 29 juin 1927, D. 1927. 2. 161; Note de M. Nast, sous Req. 27 janvier 1926, D. 1927. 1. 169.

10) Req. 27 janvier 1926, Gaz. Trib. 22 mars 1926, S. 1926. 1. 110, D. 1927. 1. 169 avec note de M. Nast.

11) La solution est identique pour la femme, s'il s'agit de la dissolution de la communauté par voie de conséquence; si la communauté est dissoute par voie principale, le même principe est applicable, mais il y a lieu de tenir compte du fait que la loi de 1907 peut encore jouer.

ment ayant prononcé la séparation de corps entre les époux, était devenu adjudicataire sur licitation d'un fonds de commerce d'entrepositaire en vins exploité par lui, mais dépendant de la communauté dissoute. Pour refuser le compte d'administration pendant l'indivision, il a fait valoir qu'il avait un droit exclusif aux bénéfices réalisés pendant la période d'indivision ou au moins le droit à une part proportionnelle calculée suivant son travail, pour la raison qu'il aurait entrepris depuis la dissolution de la communauté, de sa seule initiative, la préparation de vins de coupage dits « vins moelleux » et qu'il aurait fait subir au fonds de commerce une transformation par le développement de la clientèle.

La Cour suprême, suivant sur ce point sa jurisprudence antérieure [12]), a posé à nouveau le principe que les bénéfices réalisés pendant l'indivision par l'exploitation d'un ancien fonds commun font partie de l'actif partageable, à moins que l'époux n'ait entrepris des opérations toutes nouvelles, ne rentrant pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce et exigeant une initiative, des connaissances spéciales et un travail qui lui soit propre. En conséquence, la Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi que le mari avait formé dans l'affaire précitée contre l'arrêt de la Cour de Rouen [13]), suivant lequel la préparation et l'exploitation de vins moelleux rentraient dans le fonctionnement normal de l'entreprise.

Ce sera une question de fait soumise à l'appréciation souveraine du juge du fond que de savoir si les opérations entreprises par l'époux pendant l'indivision constituent une exploitation normale du fonds de com-

12) Req. 19 novembre 1851, S. 1852. 1. 32, D. 1851. 1. 315; Civ. 24 novembre 1869, D. 70. 1. 25, S. 70. 1. 72; Civ. 29 janvier 1872, D. 1872. 1. 449, S. 1873. 1. 113; Civ. 28 avril 1884, D. 1884. 1. 329, S. 1886. 1. 294; Civ. 23 mai 1905, D. 1906. 1. 369, note de M. Boutaud, S. 1906. 1. 177, note de M. Tissier, Gaz. Pal. 1905. 1. 713.

13) Rouen, 27 octobre 1923, Gaz. Pal. 1926. 1. 445.

merce ou si elles sont à considérer comme des actes tout nouveaux auxquels l'époux s'est livré pour son compte personnel, à ses risques et périls. Il existera d'ailleurs une présomption que pendant l'indivision l'époux aura poursuivi l'exploitation du fonds d'une façon normale et il aura le fardeau de la preuve, s'il veut établir le contraire.

Bien que les arrêts de la Cour de Cassation ne le disent pas, certains auteurs [14]) se fondant sur quelques décisions jurisprudentielles, soutiennent avec raison que les gains réalisés pendant l'indivision peuvent être exclus de la masse partageable, sans que les opérations génératrices de ces bénéfices, remplissent la double condition d'être toutes nouvelles et d'exiger des connaissances spéciales. L'existence de l'une de ces conditions suffit; ainsi il a été jugé que les gains produits par un office ministériel pendant la période d'indivision ne tombent point dans la communauté, puisque des conditions spéciales de capacité sont nécessaires pour pouvoir remplir la fonction en question [15]).

La justification du principe consacré par la Cour de Cassation réside dans cette considération que les bénéfices réalisés sont pour la plus grande partie le produit du capital appartenant à la communauté et ils doivent en conséquence revenir à celle-ci. En plus, l'époux qui continue l'exploitation d'un fonds de commerce commun n'entreprend en général les opérations qu'aux risques et périls de la masse partageable qui doit donc profiter aussi des gains. L'époux n'agit que comme

14) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 781, p. 140.

15) Aix, 10 mai 1906, D. 1908. 2. 401, S. 1908. 2. 61; Trib. civ. Marseille, 26 juillet 1927, Gaz. Pal. 1927. 2. 851. Cette solution s'appliquerait aussi dans l'hypothèse où le fonds exploité est une pharmacie p. ex.

mandataire et en cette qualité, il ne doit pas être mieux traité qu'un tiers [16]).

Cette solution, suivant laquelle le sort des bénéfices commerciaux est déterminé par la provenance du capital d'exploitation est diamétralement opposée à celle que nous avons donnée dans l'hypothèse où la femme exploite un fonds commun pendant le mariage [17]). Dans ce dernier cas, nous avons en effet admis le système selon lequel l'intégralité des bénéfices commerciaux deviennent biens réservés. Ces deux solutions se concilient parfaitement, car il ne faut point oublier que durant le mariage le caractère de biens réservés est attribué sans distinction aux produits du travail de la femme par l'effet de la loi de 1907.

Il nous reste à dire maintenant quelques mots de l'hypothèse où la communauté est dissoute par voie principale. En supposant que la femme renonce à la communauté et continue l'exploitation d'un fonds de commerce réservé (L. 13 juillet 1907, art. 5, al. 2), la solution ne peut guère soulever de difficultés: comme les liens du mariage ne sont pas dissous et que la loi sur le libre salaire s'applique à tous les régimes, les bénéfices commerciaux réalisés par la femme accroissent le pécule réservé. Si la femme accepte la communauté, les biens réservés communs sont compris dans la masse

16) Note de M. Nast sous Req. 27 janvier 1926, D. 1927. 1. 169. — La solution de la jurisprudence est inspirée de l'article 1868 c. civ., aux termes duquel l'héritier d'un associé décédé « ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. »

Signalons que la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour reconnaître à l'époux qui exploite un fonds de commerce commun pendant l'indivision, le droit à une rémunération pour le travail qu'il a fourni, dans l'hypothèse où les bénéfices tombent dans la masse partageable (Trib. civ. Rouen, 25 mai 1925, Gaz. Pal. 1925. 2. 293 et les renvois). A l'inverse, si on est en présence d'une hypothèse où l'époux exploitant du fonds peut conserver les bénéfices, on admet qu'il est tenu de verser à la masse partageable les intérêts de la valeur de l'entreprise (Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 140, N° 781).

17) Voir *supra*, sous II.

partageable et la solution est la même que pour la situation qui va suivre.

Lorsque la femme continue pendant l'indivision l'exploitation d'un fonds de commerce commun, à qui appartiennent les bénéfices réalisés pendant cette période ? On pourrait soutenir qu'il faut appliquer la règle *Fructus augent hereditatem* et qu'en conséquence les bénéfices tombent dans la masse partageable. A notre avis cependant, on doit reconnaître aux bénéfices le caractère de biens réservés. En effet, le mariage n'est pas dissous et il n'y a pas de raison pour faire cesser dans cette hypothèse les effets de la loi de 1907. Les motifs qui ont décidé la plupart des auteurs [18]) à faire entrer dans le pécule réservé l'intégralité des bénéfices commerciaux réalisés par la femme grâce à l'exploitation d'un fonds de commerce commun ou propre du mari durant la communauté, peuvent être répétés dans le cas qui nous préoccupe maintenant. La loi sur le libre salaire s'applique à tous les régimes matrimoniaux, elle ne fait aucune distinction; il serait donc arbitraire de vouloir donner une solution différente pour le sort des bénéfices selon qu'ils sont réalisés au cours de la communauté ou au cours de la période d'indivision, alors que les liens du mariage subsistent.

§ 2. — Sort de la plus-value du fonds

La question de savoir à qui appartient la plus-value du fonds ne peut présenter de difficultés, s'il s'agit d'une plus-value produite par un fonds de commerce avant le mariage; la plus-value s'incorpore au fonds et elle suivra le sort de celui-ci, qu'il devienne bien de communauté ou bien propre de la femme par l'effet du régime matrimonial. Le problème devient un peu plus complexe, quand la plus-value est réalisée pendant

18) Voir *supra*, sous II.

la durée de la communauté ou pendant la période d'indivision suivant la dissolution du régime communautaire.

I. — *Plus-value produite au cours du mariage*

Un fonds de commerce peut acquérir une plus-value par des améliorations dues à de nouveaux apports, par la constitution de réserves, par l'effet de circonstances économiques ou de cas fortuits ou encore grâce au travail et aux efforts de l'époux qui exploite ledit fonds. Comme le fonds de commerce exploité par une femme mariée sous le régime de la communauté peut être un bien réservé, un bien commun ou un bien propre, il est nécessaire d'étudier le sort de la plus-value dans ces diverses hypothèses.

Avant de procéder à l'examen des différentes situations, nous tenons à énoncer le principe qui doit nous fournir la solution dans chaque espèce. Ce principe qui doit nous guider tend à considérer la plus-value comme un accroissement du capital, une partie inséparable du fonds. Il n'a pas encore été consacré par la Cour de Cassation et même la chambre des requêtes par un arrêt rendu en 1900 [19]) s'est prononcée en sens contraire dans l'hypothèse où la plus-value d'un fonds propre a été produite par l'accumulation des bénéfices. Ces derniers temps cependant, les Cours d'appels ont implicitement appliqué le principe sus-énoncé [20]) qui n'exclut d'ailleurs pas la possibilité des récompenses.

Notre principe nous fournit sans difficulté la solution exacte pour le sort de la plus-value, lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce réservé. La plus-value ac-

19) Req. 25 octobre 1909, D. 1910. 1. 257, note de M. Binet, S. 1911. 1. 361, note de M. Naquet, Gaz. Pal. 1909. 2. 504.

20) Montpellier, 19 octobre 1926, D. H. 1926. 557; Rennes, 9 juin 1928, D. 1929. 2. 129, note de M. Nast; Paris, 5 juin 1928. D. 1929. 2. 133; Caen, 28 mars 1930. D. H. 1930. 332. — Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1929, p. 401.

quise par ce fonds en devient une partie intégrante et est donc elle-même réservée; peu importe qu'elle soit due à l'activité de la femme, aux circonstances économiques ou à des apports nouveaux. On peut se demander si, dans ce dernier cas, il y a lieu à récompense, notamment lorsque les capitaux qui ont été placés dans le fonds de commerce, proviennent de la communauté. Il faut répondre négativement dans le cas où la femme accepte la communauté, puisque les biens réservés font alors partie de la masse partageable (L. 13 juillet 1907, art. 5, al. 1). Si, par contre, la femme renonce à la communauté et qu'elle reprend ses biens réservés (L. 13 juillet 1907, art. 5, al. 2), elle devra à la communauté récompense pour les capitaux avancés.

S'agit-il de la plus-value acquise par un fonds de commerce commun ou propre, il sera encore exact d'appliquer le principe selon lequel elle s'incorpore au capital [21]). Quelques rares auteurs [22]) soutiennent cependant que la plus-value doit faire l'objet d'une ventilation sur la même base que les bénéfices réalisés par la femme mariée dans l'exploitation d'un fonds de commerce commun ou propre. Nous ne pouvons approuver ce système qui suppose que les bénéfices commerciaux de la femme mariée sont soumis à une ventilation, ce que nous avons déjà réfuté et qui divise la plus-value en deux parties sans fondement légal.

Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Caen [23]) a très nettement confirmé la jurisprudence suivie ces dernières années par les autres cours d'appel en admettant que la plus-value d'un fonds propre reste acquise à ce fonds et ne donne lieu à récompense que si elle est due à des avances de fonds faites par la communauté

21) Planiol et Ripert, op. cit., t. 8, par Nast, N° 417, p. 455; Cendrier, op. cit., N° 709, p. 511; Arrêts cités dans la note précédente.

22) Guibal, op. cit., p. 190.

23) Caen, 28 mars 1930, D. H. 1930. 322.

ou l'autre époux, ou à l'emploi de bénéfices qui auraient dû tomber dans la communauté [24]).

Les tribunaux ont eu à se prononcer surtout sur le sort de la plus-value des fonds de commerce propres. Lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce commun qui a acquis une plus-value par suite du placement des bénéfices commerciaux de la femme, on peut se demander si la femme n'a pas droit à une récompense. En cas d'acceptation de la communauté par la femme, tous les biens communs et réservés ne forment qu'une seule masse à partager et aucune récompense n'est due à la femme. Si, par contre, elle renonce à la communauté, il nous paraît équitable et conforme à la loi (loi du 13 juillet 1907, comb. art. 1437 c. civ.) que la femme ait droit à une récompense dans la mesure de son appauvrissement et jusqu'à concurrence de l'enrichissement de la communauté [25]).

II. — *Plus-value acquise pendant la période d'indivision*

Entre le moment de la dissolution de la communauté et celui de sa liquidation, le fonds de commerce exploité par l'un des conjoints peut acquérir une plus-value dont les causes ne diffèrent pas de celles qui en-

24) Le principal considérant de cet arrêt s'exprime comme suit:

« Que si sa valeur vient à se développer au cours de la communauté et si l'un de ses éléments vient à acquérir une plus-value due au travail du commerçant ou à son habileté ou à des circonstances économiques, telles que la dépréciation de la monnaie, cet accroissement profite à l'époux propriétaire dudit fonds et il ne saurait être dû récompense à la communauté lors de la dissolution, que dans la mesure où cette plus-value aurait eu pour cause un appouvrissement dûment établi de la communauté, par suite de l'emploi dans ce fonds de capitaux nouveaux pris dans la communauté ou avancés par l'autre époux ou de tout ou partie des bénéfices qui auraient dû tomber dans la communauté. »

25) Contra: Cendrier, op. cit., p. 511.

gendrent la plus-value d'une affaire pendant le mariage. Le principe à appliquer dans cette hypothèse est le même que celui que nous avons indiqué plus haut [26]) pour déterminer le sort de la plus-value acquise pendant la communauté.

En conséquence, le supplément de valeur acquis par un fonds de commerce propre s'incorpore au capital de ce fonds, quelle que soit la cause de cette plus-value et sans qu'il ne naisse d'autres difficultés que celles qui se présentent pendant le régime communautaire. Si la communauté est dissoute par voie principale et qu'elle est donc suivie d'un autre régime matrimonial, ce qui laisse subsister les biens réservés, ceux-ci peuvent s'accroître d'une plus-value produite par un fonds de commerce réservé de la femme marchande publique.

Il arrive que la femme commerçante continue pendant la période d'indivision, l'exploitation d'un fonds faisant partie des biens communs. Dans la pratique, il n'y aura pas souvent des plus-values ayant comme cause des apports de capitaux propres. Par contre, il est possible que le fonds acquiert une plus-value par suite des circonstances économiques ou même par suite du travail et des efforts de l'époux qui a continué l'exploitation du fonds. Encore ici nous admettrons l'application du principe, suivant lequel la plus-value accroît au capital, mais les effets en seront tempérés par la possibilité des récompenses. Celles-ci seront dues, lorsque la plus-value du fonds commun a eu pour cause un apport de deniers propres et aussi lorsqu'elle est le résultat d'opérations toutes nouvelles auxquelles la femme commerçante s'est livrée à ses risques et périls [27]).

26) Cf. *supra*, sous I.

27) Paris, 21 février 1893, D. 1893. 2. 465, note de M. Planiol; Basset, op. cit., N° 121.

Section II

Effets des obligations contractées par la femme dans l'exercice de son commerce

La femme marchande publique est amenée à contracter avec des tiers et à assumer des obligations dont il importe de connaître les répercussions. Sous le régime de la communauté, il existe un assez grand nombre de biens à caractère juridique différent, de sorte qu'il est du plus grand intérêt pour les créanciers de savoir quels biens sont engagés par les actes de la femme et en conséquence quels biens rentrent dans leur gage saisissable. Depuis la loi de 1907, les créanciers commerciaux de la femme ont toujours un droit de poursuite sur les biens réservés; mais sous quelles conditions peuvent-ils faire saisir les biens propres de la femme, le patrimoine commun ou les biens propres du mari? La solution dépend de la question de savoir si la femme exerce le commerce avec ou sans le consentement de son mari, ce qui nous conduit à étudier la question dans deux paragraphes différents. Nous consacrerons ensuite quelques développements à un problème qui s'est présenté dans la pratique et sur lequel les tribunaux ont déjà eu à se prononcer, nous voulons dire la clause de non-concurrence.

Mais avant d'aborder l'examen des effets des obligations contractées par la femme pendant le mariage, il convient d'indiquer les biens sur lesquels peuvent s'exécuter les dettes commerciales de la femme, antérieures à la célébration du mariage.

Sous le régime de la communauté légale, nous déciderons, en application du principe édicté par l'article 1409, 1° du code civil relatif aux dettes mobilières, que le passif du fonds de commerce exploité par la femme avant le mariage tombe en communauté et grève donc les biens de celle-ci, ainsi que ceux du mari. Cette conclusion tirée de l'article 1409 du code civil est exacte,

sans qu'il y ait lieu de la tempérer par la réserve que prévoit l'article suivant (1410 c. civ.), aux termes duquel la communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un acte ayant date certaine. En effet, ce dernier texte s'applique seulement aux dettes dont la preuve ne peut être faite que par écrit et la condition qu'il stipule n'est donc pas exigée pour les dettes commerciales [28]) qui sont soumises au point de vue des preuves, aux modes très larges de l'article 109 du code de commerce.

La preuve de l'antériorité n'a d'ailleurs pas la même importance ici que pour une femme non-commerçante, car la femme marchande publique autorisée par son mari, engage par ses actes afférents au commerce les biens de communauté et ceux du mari, sans autorisation spéciale. Cette preuve n'entrerait en ligne de compte que dans les cas où la femme mariée exercerait le commerce avec l'autorisation de la justice. Dans cette hypothèse, les créanciers antérieurs auraient, de toute façon, la faculté de poursuivre le paiement de leurs créances sur la nue-propriété des biens propres de la femme et sur les biens réservés, puisqu'entre les parties, la date de l'acte fait foi (arg. *a contr.* art. 1328 c. civ.), et que celui-ci est donc valablement conclu; mais en plus, si ces créanciers établissaient l'antériorité de la dette par les modes de preuve de l'article 109 du code de commerce, ils auraient comme gage également les biens communs et les biens du mari, ainsi que la pleine propriété des biens de la femme.

Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les dettes antérieures au mariage sont à supporter personnellement par le conjoint qui les a contractées (art. 1498 c. civ.). Les créanciers de la femme

28) Planiol et Ripert, op. cit., t. VIII, par Nast, p. 345, N° 299; Cendrier, op. cit., 5e édit., p. 470, N° 653; Poitiers, 26 février 1856, D. 56. 2. 176, S. 56. 2. 594; Nancy, 1er juin 1923, Gaz. Pal. 1923. 2. 222.

ne peuvent donc pas saisir les biens de la communauté et voient leur gage limité aux biens apportés par la femme [29]).

§ 1. — Femme autorisée par le mari

Nous n'envisageons pas l'hypothèse où la femme exerce le commerce comme mandataire de son mari et où elle engage alors les biens du mandant et de la communauté, mais non sa fortune propre [30]). Le cas que nous étudions est celui d'une femme mariée qui exploite en son propre nom et en qualité de marchande publique, un fonds de commerce, en ayant obtenu l'autorisation expresse ou tacite de son mari.

Les créanciers qui ont contracté avec elle, ont de toute façon le droit de poursuivre les biens réservés qui répondent toujours des dettes de la femme (art. 3, al. 1 de la loi du 13 juillet 1907). Celle-ci engage en outre par ses actes, ses biens propres, ceux de la communauté et ceux du mari; c'est ce qui résulte formellement des articles 5 du code de commerce et 220 du code civil qui ne sont qu'une application du principe général édicté par l'article 1419 du code civil [31]). Il est vrai que ce dernier texte parle de dettes que la femme a contractées « avec le consentement du mari », ce qui pourrait conduire à faire admettre que l'autorisation générale donnée par le mari de faire le commerce n'entraîne pas la même conséquence. Ce doute est entièrement dissipé par les articles 220 du code civil et 5 du code de commerce qui disposent expressément que le mari est obligé par les actes que la femme, marchande publique con-

29) Planiol et Ripert, op. cit., t. VIII, par Nast, N° 387 et 422; Cendrier, op. cit., N° 680.

30) Cendrier, op. cit., 5e édit., p. 472, N° 657.

31) En droit allemand, le mari répond également des dettes commerciales de la femme (R. Förtsch, op. cit., p. 23 — §§ 1459, 1530, 1549 B. G. B.) et son obligation est même solidaire avec celle de la femme.

tracte sans autorisation spéciale. En plus, l'article 1426 du code civil selon lequel les actes conclus par la femme sans le consentement du mari, n'engagent pas les biens de communauté, prend le soin d'ajouter que cette règle n'est pas applicable, lorsque la femme contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce; il faut évidemment sous-entendre la condition que la femme exerce le commerce avec le consentement de son mari [32]).

Ces règles, très avantageuses aux créanciers commerciaux de la femme, sont de nature à augmenter considérablement le crédit que les tiers accorderont à la femme mariée commerçante dont les actes engagent tous les biens existants sous le régime de la communauté. Il y a lieu, cependant, de faire une réserve ; la règle ne s'applique, en effet, que si les actes conclus par la femme sont relatifs à son commerce (art. 5 c. com., art. 220 et 1426 c. civ.). Dès que la femme s'oblige pour des faits étrangers au négoce pour l'exploitation duquel son mari l'a autorisée, nous retombons dans le droit commun qui ne fait supporter ni au mari ni à la com-

32) Signalons que certains auteurs, notamment MM. Valéry et Lalou, ont essayé de soutenir que la loi de 1907 aurait implicitement abrogé la règle contenue dans les articles 5 c. com. et 220 c. civ. Cette théorie est rejetée par la plupart des auteurs et ne trouve pas d'appui non plus dans la jurisprudence (Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 1367; Guibal, op. cit., p. 240 s.).

Il convient de relever que, si le mari a autorisé expressément ou tacitement la femme à exercer un négoce, les dettes commerciales peuvent être poursuivies contre lui, même après la dissolution de la communauté et alors même que la femme renonce à la communauté. Mais dans les rapports entre la femme et le mari, il serait injuste que celui-ci supporte en définitive le passif commercial, du moment que la femme, en reprenant les biens réservés, acquiert les bénéfices commerciaux. Aussi admet-on en général que le mari a droit à récompense, conformément à l'article 1437 du code civil, en considérant les dettes commerciales comme la cause de l'enrichissement de la femme et de l'accroissement de ses biens personnels; la récompense ne devra cependant pas excéder l'enrichissement de la femme, si bien qu'une partie du passif commercial peut rester éventuellement à la charge du mari (Margat, op. cit., p. 267 et s.; Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 905, N° 3).

munauté, les dettes que la femme a contractées sans autorisation maritale art. 1426 c. civ.).

En conséquence, les juges du fond doivent rechercher si l'obligation assumée par la femme commerçante a trait au commerce. La chambre civile de la Cour suprême a appliqué récemment ce principe et a cassé, comme insuffisamment motivé, un arrêt de la Cour d'Angers qui, pour admettre l'obligation du mari, s'était contenté de se baser sur l'acte dans lequel la femme avait été autorisée par son mari à faire le commerce et à souscrire tous effets de commerce [33]).

La Cour d'Angers [34]) a eu de nouveau à se prononcer récemment dans une affaire analogue à la précédente; encore ici, un créancier de la femme commerçante demandait la condamnation du mari qui avait habilité sa femme à faire le commerce. La Cour a admis que le mode de règlement par une lettre de change crée une présomption que l'opération a un caractère commercial et a déclaré le mari tenu comme caution civile. Cette décision n'est pas, à notre avis, contraire à l'arrêt de la Cour de Cassation, car elle a pris le soin de dire que l'opération litigieuse était commerciale, en le déduisant du mode de règlement.

En supposant qu'il s'agisse de dettes nées à l'occasion du négoce de la femme, le mari et la communauté en répondent, peu importe que ces dettes soient contractuelles ou nées de délits ou de quasi-délits commis par la femme. Certains auteurs [35]) s'appuyant sur un arrêt de la chambre des requêtes [36]), soutiennent cependant une opinion contraire, en faisant valoir que le mari n'a entendu autoriser que les conventions. Mais cette opinion est repoussée avec raison par la majeure partie

33) Civ. 12 juin 1928. Gaz. Pal. 1928. 2. 319, Journ. Trib. com. 1928. 677; cf. *supra*, chap. I, 1re section, § 1.

34) Angers, 21 novembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 217.

35) Basset, op. cit., N° 38.

36) Req. 8 juillet 1872, D. 1873. 1. 33, S. 1872. 1. 257.

de la doctrine [37]), car d'un côté les articles 220 du code civil et 5 du code de commerce ne font aucune distinction et, d'un autre côté, du moment que la jurisprudence admet que la théorie dite de l'accessoire [38]) est applicable en matière commerciale aux obligations nées de délits et quasi-délits, il faut en déduire logiquement que le mari et la communauté sont tenus également de ces obligations commerciales.

La question de savoir quels sont le fondement et le caractère juridiques de l'obligation du mari a donné lieu à d'importantes controverses qui sont longuement exposées dans les traités, de sorte qu'il est inutile d'en retracer ici l'évolution, d'autant plus que ces dernières années, la jurisprudence n'y a apporté aucun élément nouveau. Rappelons simplement que d'après la théorie de la Cour de Cassation [39]), le mari est tenu personnellement, par dérogation à la règle « *qui auctor est non se obligat* », en vertu d'un cautionnement légal, solidaire et civil et que les conséquences pratiques suivantes en découlent:

1° Si la femme tombe en faillite et obtient le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre le mari, conformément à l'article 545 du code de commerce.

2° Après la dissolution de la communauté, le mari continue à être tenu pour l'intégralité de la dette.

3° Pour avoir un titre exécutoire sur les biens du mari et ceux de la communauté, les créanciers doivent assigner le mari à titre principal et non seulement aux fins d'autorisation de la femme à ester en justice.

4° Si on voulait être logique dans ce système, on devrait admettre que le mari est devenu commerçant,

37) Planiol et Ripert, op. cit., t. VIII, par Nast, p. 397, N° 360; Lyon-Caen et Renault, op. cit., p. 325, N° 260; Margat, op. cit., p. 211; Vignancour, op. cit., p. 39; Guibal, op. cit., p. 249.

38) Cf. Lyon-Caen et Renault, op. cit., N° 177, p. 206.

39) Civ. 17 janvier 1881, D. 1881. 1. 145, S. 1881. 1. 126; Civ. 23 avril 1888, D. 1889. 1. 233, S. 1889. 1. 25; Civ. 16 juillet 1902, D. 1903. 1. 401, S. 1905. 1. 22; Civ. 1er avril 1914, D. 1919. 1. 110, S. 1914. 1. 345; Civ. 27 juin 1922, D. 1922. 1. 200.

qu'il est donc justiciable des tribunaux de commerce et qu'il peut être déclaré en état de faillite commerciale [40]). Cependant la Cour de Cassation n'admet pas ces derniers corollaires de sa jurisprudence, parce qu'elle considère que le cautionnement du mari garde entièrement son caractère civil [41]).

Presque tous les auteurs [42]) combattent avec raison le système de la Cour de Cassation, et expliquent l'obligation du mari comme étant une conséquence de la confusion qui s'établit au cours de la communauté entre les biens du mari et ceux de la communauté. Cette dernière est engagée directement par les actes de la femme, grâce à l'autorisation du mari qui a levé l'incapacité de la femme, copropriétaire des biens communs. Cette opinion entraîne les conséquences suivantes :

1° N'étant pas tenu personnellement, le mari ainsi que la communauté profiteront des remises concordataires accordées à la femme en cas de faillite [43]).

2° Le mari n'étant obligé que par répercussion de l'engagement de la communauté, ne sera tenu après la dissolution de la communauté que pour moitié (art. 1485 c. civ.).

3° Un titre exécutoire contre la femme, régulièrement assignée, peut être exécuté sur les biens de la communauté et sur ceux du mari.

4° Le mari n'est obligé que civilement et ne peut être assigné que devant la juridiction civile. Mais comme

40) Il faut ajouter « commerciale », car il existe dans nos trois départements recouvrés aussi la faillite civile.

41) Civ. 1er avril 1914, Gaz. Pal. 17. 4. 1914; D. 1919. 1. 110, note de M. Chéron.

42) Planiol et Ripert, op. cit., t. VIII, par Nast, N° 365, p. 402 (voir nombreuses références); Chéron, op. cit., No 363, p. 230; Guibal, op. cit., p. 239; Vignancour, p. 41. Cette opinion ne trouve que peu d'appui dans la jurisprudence; citons dans ce sens: Pau, 24 octobre 1910, D. 1912. 2. 5 et la note.

43) Dans l'hypothèse où le fonds de commerce exploité par la femme est un bien propre du mari, ce fonds ne fera pas partie de la masse de la faillite (Cendrier, op. cit., p. 475, N° 662).

il serait évidemment fort gênant de poursuivre la femme et le mari devant deux juridictions différentes, on admet la possibilité de saisir le tribunal civil, comme tribunal de droit commun, des deux action [47]).

§ 2. — Femme non autorisée par son mari

Dans le paragraphe précédent, nous avons examiné les conséquences des actes d'une femme mariée qui exerce le commerce avec l'autorisation de son mari, peu importe que celle-ci ait été donnée d'une façon expresse ou tacite. Nous avons à nous occuper maintenant de l'hypothèse où le mari refuse d'habiliter sa femme à faire le commerce. La femme mariée pourra alors, ainsi que nous l'avons exposé plus haut [45]), s'adresser à la justice et en requérir l'autorisation ; si elle ne le fait pas ou si elle n'obtient pas l'habilitation, elle n'acquiert pas la qualité de commerçante.

I. — Femme autorisée par la justice

Les actes ainsi passés sont valables à l'égard de la femme, car par suite de l'autorisation judiciaire, elle a été relevée de son incapacité. Mais les obligations découlant de ces actes n'engagent point la communauté ni les biens du mari, ainsi qu'il résulte nettement des articles 1409, 2° et 1426 du code civil. Ce principe n'est pas restreint par la réserve contenue *in fine* de ce dernier texte; en effet, l'article 1426 du code civil en faisant une exception pour la femme marchande publique, en ce qui concerne l'engagement des biens de communauté, vise l'hypothèse normale où elle a obtenu le consentement du mari.

44) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. I, p. 329, N° 262.
45 Cf. *supra*, 1re partie, chap. II, 1re section, § 4.

Le gage des créanciers de la femme dans cette hypothèse est donc moins étendu que lorsque le mari à consenti à ce que son épouse exploite un fonds de commerce. Ils n'auront d'action que sur la nue-propriété des biens propres de la femme, comme il résulte implicitement des art. 1413 et 1417 du code civil [46]) et, depuis la loi de 1907, sur les biens composant le pécule réservé qui répond de toutes les dettes de la femme [47]).

Au principe que les créanciers de la femme commerçante, autorisée par la justice, n'ont pas d'action sur les biens de la communauté et ceux du mari, il existe une exception en faveur du fisc pour les impôts directs qui constituent une obligation légale [48]). Signalons à cette occasion qu'aux termes de l'article 11 de la loi locale du 13 juillet 1901 modifiée par la loi du 24 janvier 1930 [49]), le commerce de la femme donne lieu à une imposition séparée de celle du mari, pourvu que le registre du commerce comporte deux inscriptions distinctes.

II. — Femme sans autorisation aucune

La femme mariée qui contracte sans avoir la qualité de commerçante, c'est-à-dire sans autorisation maritale ni judiciaire, est soumise aux dispositions du droit commun. Les actes qu'elle a passés sans observer les prescriptions de l'article 217 du code civil sont par conséquent annulables, puisqu'elle n'a pas été relevée de son incapacité générale. Le gage des créanciers se réduit ainsi considérablement, car ils n'auront d'aucune façon la possibilité de saisir les biens de la communauté ou du mari, et ils ne pourront éventuellement poursuivre leurs droits que sur les biens réservés en vertu de l'article 3, al. 1 de la

46) Planiol et Ripert, op. cit., t. VIII, par Nast, N° 348, N° 355; Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. 1, N° 258, p. 323.
47) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 1335.
48) Planiol et Ripert, op. cit., t. VIII, par Nast, N° 354.
49) Gaz. Pal. 1930, N° 28.

loi du 13 juillet 1907 [50]) et encore sous la réserve que le mari n'ait pas fait prononcer le retrait des pouvoirs conférés par cette loi.

§ 3. — Effets de la clause de non-concurrence

Nous avons eu l'occasion d'étudier plus haut [51]) les conditions sous lesquelles la femme mariée peut valablement aliéner le fonds de commerce qu'elle exploitait. Nous abordons maintenant la question de savoir dans quelle mesure la clause d'interdiction de se rétablir imposée à la femme oblige l'un ou l'autre des deux époux.

Il n'est pas dans le cadre de notre travail d'examiner d'une manière générale la question du non-rétablissement du vendeur d'un fonds de commerce. Nous nous bornerons à indiquer les effets de cette interdiction dans le cas particulier qui nous occupe. Rappelons simplement qu'une clause interdisant au vendeur de se rétablir est reconnue valable par la jurisprudence [52]), pourvu qu'elle n'ait pas une portée illimitée quant au temps et quant au lieu. Abstraction faite de cette dernière réserve, les tribunaux n'hésitent pas à faire sortir son plein et entier effet à une clause de ce genre et même ils tendent à la supposer sous-entendue dans la vente d'un fonds de commerce, sans stipulation spéciale [53]), car elle n'est qu'une modalité de la garantie d'éviction en matière de vente.

50) Signalons à cet endroit que les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage — et cette preuve leur incombe en cas de contestation — peuvent saisir les biens réservés de la femme (art. 3, al. 2 loi de 1907 — Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. 1, N° 363; Guibal, op. cit., p. 252).

51) Cf. *supra*, chap. I, 1re section, § 2, B.

52) Civ. 15 juin 1922, D. 1925. 1. 213. — Il suffit même pour sa validité que la clause soit limitée soit quant au temps, soit quant au lieu: Civ. 2 juillet 1900, D. 1900. 1. 294, Gaz. Pal. 1900. 2. 503.

53) Req. 31 octobre 1927, Gaz. Pal. 1927. 2. 943. — Voir aussi note sous Cass. 15 juin 1922, Gaz. Pal. 1922. 2. 189.

I. — Clause stipulée avant le mariage

Supposons tout d'abord qu'au moment du mariage, la femme soit tenue déjà par une clause de non-concurrence par suite de la vente d'un fonds de commerce qu'elle avait exploité antérieurement. La question s'est présentée déjà sous cette forme devant les tribunaux et les cours dont les décisions ne nous ont cependant pas encore donné une solution de principe. Suivant un arrêt de la chambre civile du 27 juillet 1892 [54]), la clause par laquelle une femme mariée s'interdisait de se rétablir, « laissait en dehors de ses prévisions, le cas où la venderesse, devenue veuve, viendrait par le fait d'un second mariage qu'elle contracterait avec un négociant exploitant un fonds de commerce similaire à acquérir un intérêt dans ce commerce ».

La Cour suprême n'avait pas à se prononcer sur le point de savoir si l'interdiction de se rétablir porte atteinte au droit du second mari; elle avait à statuer sur la portée de la clause à l'égard de la femme qui, après le décès de son second mari, s'était mise à la tête du fonds similaire exploité par celui-ci de son vivant. Il y a lieu de remarquer toutefois que dans l'espèce, la femme ne s'occupait de la gestion du fonds qu'à titre temporaire et seulement pour le compte de la communauté et de la succession. Implicitement la Cour a répondu aussi à la question de savoir si la clause produit des effets à l'égard du second mari, car si elle admet que la clause ne comportait pas de prévisions à l'égard de la femme pour le cas d'un second mariage, *a fortiori* l'interdiction de se rétablir est sans effet à l'égard du mari. La solution serait la même dans l'hypothèse, où la femme aurait vendu son fonds de commerce, étant célibataire et aurait convolé ensuite en premières noces.

54) D. 1892. 1. 464.

D'autres juridictions [55]) ont suivi cette jurisprudence, en admettant que la clause est à interpréter restrictivement et qu'elle n'est donc pas applicable au cas de mariage de la femme avec un homme exerçant un commerce similaire.

La jurisprudence que nous venons d'examiner n'est cependant pas constante et elle est même contredite par un arrêt récent de la chambre des requêtes [56]). Dans l'espèce qui était soumise à cette haute juridiction, un fonds de commerce avait été vendu par une cohérie dont faisait partie une femme qui s'était mariée postérieurement à cette aliénation. Son mari acquit un commerce similaire; puis l'acquéreur du fonds de la cohérie, se prévalant de la clause de non-rétablissement, assigna les époux en délaissement du nouveau fonds et en dommages-intérêts. La Cour de Lyon [57]) adjugea les conclusions de l'acquéreur et son arrêt fut attaqué par un pourvoi dont les motifs étaient, d'un côté, que les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens et que la vente du fonds par la cohérie, se plaçant avant le mariage, ne pouvait lier le mari, seul acquéreur du nouveau fonds et, d'un autre côté, que la clause laissait en dehors de ses prévisions le cas de convol de la femme. La chambre des requêtes n'a pas expressément réfuté ce dernier argument qui est ostensiblement repris de l'arrêt de la chambre civile de 1892 et elle a rejeté le pourvoi par le considérant « que l'arrêt attaqué déclare qu'il n'est pas contesté que les époux B. ont acquis et exploitent ensemble et de concert l'établissement situé dans le périmètre interdit, et qu'en fait les intérêts du ménage sont communs et bénéficient à l'un et à l'autre; que la cour ajoute que la violation du contrat est certaine... » Nous tenons à souligner que le mari était condamné à délaisser le fonds et que par conséquent la

55) Trib. com. Nantes, 30 novembre 1907, D. 1909. 5. 16 ; Rennes, 10 novembre 1910, Gaz. Pal. 1911. 1. 64.

56) Req. 6 novembre 1923, D. 1925. 1. 144.

57) Lyon, 7 février 1923, D. 1925. 1. 144.

chambre des requêtes a admis que cette stipulation à l'égard de la femme faite avant le mariage pouvait sortir son effet vis-à-vis du mari.

Le tribunal de Nevers [58]) qui était saisi récemment d'un cas analogue, n'a pas suivi le principe de la chambre civile, selon lequel la clause ne contiendrait pas de prévision pour le cas de mariage, mais il n'a pas été non plus aussi absolu que la chambre des requêtes. Dans l'espèce, une femme veuve avait cédé un fonds de vins, liqueurs et restaurant en s'interdisant de s'intéresser directement ou indirectement à un commerce de cette nature dans la même ville. Deux ans après, elle avait épousé l'exploitant d'un café-restaurant situé dans la même rue que son ancien fonds et l'enquête à laquelle le tribunal avait procédé, avait établi qu'elle collaborait à l'exploitation du fonds de commerce de son mari. Le tribunal, estimant qu'il serait excessif d'interdire à la femme de paraître dans la salle de débit de son mari, vu qu'elle était avant tout tenue à l'obéissance envers ce dernier, s'est contenté comme sanction de réduire le prix du fonds vendu d'une somme déterminée, au paiement de laquelle les deux époux furent condamnés solidairement [59]). Le délaissement du fonds n'a pas été imposé au mari, mais comme il a été condamné à payer les dommages-intérêts, solidairement avec sa femme, la clause a eu sa répercussion à son égard.

Des deux systèmes préconisés par la jurisprudence, lequel doit l'emporter? Il y a lieu de remarquer en première ligne que la prétention émise par la chambre civile, suivant laquelle la clause aurait laissé en dehors de ses prévisions le cas de mariage n'est pas justifiée. Il

58) Trib. civ. Nevers, 24 avril 1928, Gaz. Pal. 1928. 2. 252.

59) Le tribunal a le choix entre la fermeture et les dommages-intérêts, comme sanction de la non-observation de la clause. Dans une espèce analogue, le tribunal du Havre a fait défense à la femme de s'occuper, à quelque titre que ce soit, du commerce exploité par son second mari. Trib. com. Le Havre, 4 octobre 1911, Rec. du Havre 1912. 1. 46.

serait trop facile à la femme de contrevenir impunément à ses engagements, s'il suffisait qu'elle se marie pour en être libérée. Ce système pourrait aboutir aux plus grandes injustices. Une femme vendrait par exemple son fonds de commerce avec clause de non-rétablissement et prendrait peu de temps après des intérêts dans le commerce de son mari, frustrant ainsi véritablement l'acquéreur qui avait payé dans le prix de vente la clause de non-concurrence. Nous sommes donc d'avis que la femme est liée par son engagement, peu importe qu'elle convole après en premières ou en secondes noces.

La question de savoir si l'homme que la venderesse épouse ultérieurement, est tenu par la clause stipulée par celle-ci, est beaucoup plus délicate. Dans un cas, à notre avis, aucun doute n'est possible, c'est lorsque le bénéficiaire de la clause peut établir que le mari n'est que le prête-nom de la femme et que c'est en réalité celle-ci qui exploite le commerce similaire. La fermeture de l'établissement ou la condamnation solidaire des époux à des dommages-intérêts s'imposerait alors.

Mais que décider dans l'hypothèse où le mari exploite seul un fonds de commerce similaire à celui vendu avant le mariage par sa femme? Imposer au mari l'observation de la clause qu'il n'a pas consentie personnellement, c'est risquer d'aboutir dans la pratique à des résultats fâcheux. Ne serait-il pas injuste que l'exploitant d'un fonds de commerce, par le seul fait d'épouser une femme qui, auparavant, avait vendu un fonds similaire avec interdiction de se rétablir, se voie poursuivi pour l'exécution de cette clause sur son fonds?

Non seulement, un tel résultat serait inique, mais il serait contraire à la volonté des parties. Il faut toujours se rapporter à celle-ci, lorsque l'interprétation d'un contrat fait naître un doute. Or, l'intention des contractants a été de transférer à l'acquéreur la clientèle et l'achalandage du vendeur avec la garantie que ces éléments ne disparaîtront pas par le rétablissement du

vendeur. Il ne peut s'agir que de la clientèle du fonds vendu et on étendrait l'effet de la stipulation, sans que cela ait été convenu, à la clientèle d'un autre fonds, si la clause devait s'imposer au mari, exploitant d'un commerce similaire.

Enfin l'argument le plus fort contre l'extension des effets de la clause au mari, réside dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, tel qu'il résulte de la loi des 2-17 mars 1791. Il serait contraire à l'idée fondamentale de la liberté personnelle que de prohiber au mari l'exercice d'un commerce, pour la raison qu'avant le mariage la femme avait contracté une clause de non-concurrence.

Sous le régime de la communauté légale, on pourrait opposer au système que nous préconisons, la règle que les obligations de la femme antérieures au mariage, tombent en communauté (art. 1409, 2° code civil) et qu'en conséquence, celle-ci et par répercussion le mari sont tenus de l'engagement de garantie indivisible. A cette objection, on peut répondre que s'il est vrai que l'obligation de garantie tombe en communauté, elle ne devient cependant pas plus étendue pour cela; or, comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, elle a seulement pour but d'assurer à l'acquéreur que la clientèle du fonds vendu ne lui sera pas de nouveau reprise par la venderesse; celle-ci n'a pas assumé l'obligation de garantir que l'exploitant d'un autre fonds fermera son entreprise ou que le futur mari ne se mettra pas à la tête d'un établissement similaire. Le bénéficiaire de la clause a voulu être assuré seulement contre le danger que la venderesse n'use dorénavant de ses talents, de ses relations et de son expérience dans la même branche.

Le fait que l'obligation de garantie tombe en communauté, n'élargit pas la portée de la garantie; il a simplement pour conséquence que, si la clause n'est pas respectée par la femme, la communauté et le mari en

répondent [60]) ; mais du moment que la femme ne se rétablit pas et ne collabore pas au commerce de son mari, l'obligation de garantie a été remplie.

Nous éliminons donc le système de la chambre civile, parce qu'elle exclut sans raison le cas de mariage des prévisions de la clause et nous nous éloignons de l'opinion de la chambre des requêtes, parce que celle-ci semble vouloir faire sortir effet à la clause vis-à-vis du mari. En résumé, nous pensons qu'il est conforme à l'intention des parties et au principe de la liberté du commerce qu'une clause d'interdiction de se rétablir soit respectée par la femme venderesse d'un fonds, même après son mariage, mais qu'elle ne peut empêcher le futur mari d'exploiter un autre fonds similaire.

II. — Clause stipulée pendant le mariage

Nous allons examiner maintenant les effets d'une clause de non-rétablissement stipulée à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce consentie par la femme au cours de la communauté. L'opposabilité de la clause au mari n'est pas discutable, lorsqu'il a participé lui-même à l'acte de vente du fonds de commerce. Une infraction de sa part entraînerait les mêmes sanctions que vis-à-vis de son épouse, quelle que soit la nature juridique du fonds [61]), car il a contracté personnellement une obligation de ne pas faire.

Mais quelle solution faut-il donner dans le cas où le mari n'a pas vendu conjointement avec sa femme le fonds de commerce? Celle-ci, en sa qualité de marchan-

60) Le tribunal civil de Nevers (24 avril 1928, précité) a donc fait de ces principes une saine application en ne prenant aucune mesure contre le mari, mais en le condamnant solidairement avec sa femme au paiement de dommages-intérêts, parce que celle-ci avait contrevenu à ses engagements.

61) Rappelons qu'un fonds de commerce commun ne peut être vendu sans le concours du mari. (Cf. *supra*, chap. I, 1re section, § 2, B.)

de publique, a en effet pu valablement aliéner le fonds, quand il est propre ou réservé. Le mari est-il tenu par la clause d'interdiction de se rétablir, acceptée par sa femme?

Une distinction s'impose à notre avis, suivant que la femme exerce le commerce avec l'autorisation maritale ou avec l'autorisation judiciaire. Dans le premier cas, la femme oblige la communauté et le mari; l'obligation de garantie indivisible qu'elle a contractée tombe en communauté et elle est donc opposable aussi au mari. Cette solution est équitable, car l'établissement du mari dans une branche similaire peut équivaloir en pratique à un rétablissement de sa femme, à raison des mêmes relations de commerce et de clientèle, ce qui est particulièrement vrai dans les cas où le mari a collaboré au commerce de sa femme [62]), même dans un rôle subordonné.

La jurisprudence est en général très sévère pour le respect de la clause de non-concurrence et admet facilement la preuve que le vendeur cherche à éluder l'obligation de garantie, en se rétablissant sous un prête-nom [63]). Il y a pour cela de fortes présomptions dans le cas où sous le régime de communauté, le mari s'établit dans un commerce similaire à celui vendu par sa femme [64]).

62) Comp. Lyon, 27 juillet 1910, Gaz. com. Lyon, 4 mars 1911.

63) Paris, 11 décembre 1889, D. 1890. 2. 283; Paris, 21 novembre 1893, D. 1894. 2. 93 ; Nîmes, 17 février 1911, Gaz. des Trib., 1911. 2. 488.

64) Dans le cas où c'est le mari qui vend son fonds de commerce au cours de la communauté, la question se pose de savoir, si la femme qui ne s'est pas obligée personnellement et dont on ne sait pas si elle va opter pour l'acceptation de la communauté à la dissolution, est obligée par la clause de non-rétablissement contractée par le mari. Au point de vue juridique, la femme n'est pas engagée; aussi le tribunal de commerce de Marseille (20 juillet 1927, Rec. Marseille 1928. 1. 14) n'a-t-il pas interdit à la femme de faire le commerce dont l'exercice est devenu impossible au mari par suite de la clause, mais a-t-il condamné le mari à raison de ce fait à payer des dommages-intérêts à l'acquéreur du fonds. Voir aussi Cendrier, op. cit., 5e édit., N° 239, p. 181 et N° 248, p. 189.

Si le mari avait refusé à sa femme son consentement pour l'exercice d'un commerce et qu'elle fut habilitée par la justice, ni la communauté ni le mari ne sont engagés par les obligations contractées par la femme. L'obligation de garantie ne tombe donc pas dans la communauté et le mari n'est pas lié. Toutefois si l'acquéreur du fonds pouvait établir que le mari n'exerce le nouveau commerce que comme prête-nom de sa femme, il serait recevable à demander la fermeture de l'établissement ou la condamnation à des dommages-intérêts.

En résumé, nous pouvons dire que l'obligation de garantie contractée au cours de la communauté par une femme commerçante, autorisée par son mari, oblige en principe celui-ci, à moins que l'intention des parties n'ait été différente; mais si la femme a eu seulement l'autorisation judiciaire pour exercer le commerce, le mari n'est pas obligé par la clause de non-concurrence, sous réserve toutefois de la preuve d'une collusion entre les deux conjoints.

IIIe Partie

LA CONSERVATION DU FONDS DE COMMERCE PAR LA FEMME APRES LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTE

L'exploitation d'un fonds de commerce par une femme mariée sous le régime de la communauté peut être troublée ou arrêtée par des événements de nature différente dont les sources sont à chercher soit dans la personne qui est à la tête du négoce, soit dans un acte se rapportant au fonds. Nous avons dit au début de notre travail, que la présente étude sera essentiellement consacrée aux questions qui se sont présentées ces dernières années devant les tribunaux et aux problèmes qui méritent un nouvel examen. Nous ne reviendrons donc pas sur des matières pour lesquelles il n'y a pas à signaler un revirement de jurisprudence et dont l'étude dans le cadre restreint de notre travail serait sans intérêt. Les événements mettant fin à l'exploitation ont été mentionnés en partie au cours de notre exposé [1]) et nous nous contentons, pour les détails, de renvoyer aux traités et manuels.

Par contre, une question nous préoccupe particulièrement, parce qu'elle est le centre de maintes discussions doctrinales et l'objet de controverses jurisprudentielles. La solution que lui ont donné certaines juridictions en ont fait un problème d'une importance capitale qui a ému le monde des praticiens, des notaires [2]), des commerçants et qui même n'a pas laissé la presse indif-

1) Aliénation, voir *supra*, II partie, chap. I, 1re section, § 2 B. — Faillite, voir renvois, table alphabétique. — Dissolution de la communauté, voir renvois, table alphabétique.

2) Journal des notaires et des avocats, 20 octobre 1922, p. 651; Rép, gén. prat. du notariat et de l'enregistrement, 15 juillet 1921, p. 229; Journ. du Notariat, 11 mai 1921, p. 136.

férente [3]). Cette question qui s'est présentée devant les tribunaux français depuis une dizaine d'années à peine est celle de la clause de conservation d'un fonds de commerce, dite aussi « clause commerciale » qui constitue un moyen pour la femme de continuer l'exploitation du fonds après la dissolution de la communauté. Cette clause qui a été frappée brutalement de nullité par une partie de la jurisprudence, lorsqu'elle se présente dans des circonstances que nous indiquerons, divise la doctrine en deux camps qui comprennent de part et d'autre d'éminents juristes.

Dans les pages qui vont suivre, nous examinerons d'abord dans quels actes la clause commerciale est en général insérée, pour étudier ensuite plus particulièrement la clause contenue dans le contrat de mariage [4]), en distinguant suivant qu'elle se rapporte à un fonds de commerce commun ou propre.

3) L'ami du peuple du 22 janvier 1929, « Les contrats de mariage des commerçants ».

4) Tout en adoptant le régime de la communauté légale, les futurs époux peuvent conclure un contrat de mariage, notamment dans le but de stipuler la clause de conservation du fonds de commerce.

CHAPITRE I

LES ACTES CONTENANT LA CLAUSE COMMERCIALE

Au vingtième siècle qui se caractérise par l'émancipation de la femme, nous voyons constamment l'épouse prendre une part aussi active à l'exploitation d'un négoce, si non plus que son mari. En conséquence, la femme a le même intérêt que son mari, à pouvoir continuer, après la dissolution du mariage, l'exploitation d'un fonds de commerce qui, durant le ménage, a été la cause génératrice de ses revenus et de ses ressources. Si l'établissement commercial à la tête duquel la femme se trouvait pendant la communauté, est un de ses biens propres, la femme survivante n'aura aucune difficulté pour se maintenir ultérieurement dans ce négoce, car, aux termes de l'article 1470 du code civil, elle peut prélever ses biens personnels ou ceux qui ont été acquis en remploi.

Mais il arrive fréquemment que le fonds dont la femme assumait l'exploitation, dépendait de la communauté ou même était un bien propre du mari. Il est alors à craindre que la femme survivante [5]), après la dissolution de la communauté, ne se voie subitement dépourvue d'une très riche source de revenus, par suite des opérations du partage et éventuellement de la licitation du fonds dans la première hypothèse, ou par la reprise du fonds propre du mari par les héritiers de celui-ci dans le second cas. Il est vrai que l'époux survivant peut se porter adjudicataire du fonds quand on procède à la licitation, mais il est indéniable que ce mode d'acquisition comporte divers inconvénients: Par suite des feux des enchères, il peut arriver que des amateurs ou même des concurrents poussent à un prix qui est beaucoup plus élevé que celui fixé par dires d'experts. Le prix d'adjudication est à payer comptant, les frais de la

5) La question se pose d'une façon identique pour le mari survivant.

procédure sont relativement considérables. Enfin, il est possible que durant le temps qui sépare la dissolution du mariage et l'adjudication, le fonds souffre beaucoup par suite de l'incertitude sur le sort de l'établissement commercial.

Ces différents inconvénients qui sont d'une nature assez grave pour pouvoir empêcher la femme survivante d'exploiter ou de continuer à gérer le fonds de commerce commun ou propre au mari prédécédé, peuvent être évités par l'emploi de la « clause commerciale ». Cette clause est souvent insérée dans les contrats de mariage; mais on la trouve aussi dans d'autres actes.

Section I

La clause commerciale dans les contrats de mariage

Dans les contrats de mariage, la clause de conservation du fonds de commerce est devenue presque une clause de style et elle est rédigée en général dans les termes que voici [6]):

« Si, lors de la dissolution de la communauté, les « futurs époux ou l'un d'eux exploitent un établisse- « ment de commerce ou d'industrie, le survivant des « époux aura le droit de conserver pour son compte per- « sonnel ledit établissement, avec les ustensiles, objets « et marchandises qui en dépendraient, à la charge de « tenir compte de la valeur dudit établissement et de « ses accessoires, d'après la prisée qui en sera faite « alors dans l'inventaire par un commissaire-priseur as- « sisté de deux experts choisis par les parties, ou, à dé- « faut d'inventaire régulier, d'après l'estimation de « deux experts choisis à l'amiable ou désignés sur sim-

6) Traité-Formulaire d'Amiaud, I, cf. Contrat de mariage, p. 792. Pour d'autres formules, voir Cendrier, op. cit., 5e édit., p. 738. — Capitant, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1927, p. 21 et 23. — Vignancour, op. cit., p. 65. — Basset, op. cit., N° 153.

« ple requête de la partie la plus diligente, par le pré-
« sident du tribunal de première instance, du domicile
« des époux; lesquels experts, en cas de désaccord, s'en
« adjoindront un troisième qui prononcera définitive-
« ment.

« Si l'établissement est exploité en société, le sur-
« vivant des époux aura la faculté de conserver pour
« lui seul, à moins de stipulation contraire dans l'acte
« social, les droits dans ladite société, pour leur valeur,
« telle qu'elle résulterait du dernier inventaire social
« qui aurait précédé le décès et aurait été établi à
« l'époque et dans les termes fixés par l'acte de société,
« sans qu'il y ait lieu à aucun compte pour les opéra-
« tions postérieures audit inventaire, qui seront, active-
« ment et passivement pour l'époux survivant seul. S'il
« n'existait pas encore d'inventaire social, l'importance
« desdits droits serait déterminée de la manière qui
« aurait été prévue dans l'acte de société pour ce cas spé-
« cial; et, à défaut de stipulation de cette nature, les-
« dits droits seraient comptés pour le montant des capi-
« taux ou valeurs mis en société par la communauté, ou
« par l'un ou l'autre des époux, sans qu'il y ait lieu
« d'établir aucun compte pour les bénéfices ou pertes
« qui seraient pour le survivant seul.

« Le survivant imputera la valeur desdits droits
« ou de l'établissement conservé sur sa part dans la
« communauté, et, s'il y a lieu, dans la succession de
« l'époux prédécédé.

« Et il aura, pour s'acquitter de la somme qu'il
« pourrait encore devoir après cette imputation, le délai
« qui sera fixé sous l'article ci-après, à la charge d'en
« servir l'intérêt à ....%, à partir du même jour,
« payable par semestre. Toutefois ce délai cesserait
« et la somme entière deviendrait exigible en cas de
« vente par le survivant, avant l'expiration de ces an-
« nées, de l'établissement ou des droits qu'il aura con-
« servés.

« En usant de cette faculté, le survivant des époux « aura seul le droit au bail des lieux où s'exploitera « l'établissement conservé, pour le temps qui en restera « à courir, à la charge de tenir compte à la communauté « des loyers payés d'avance, d'exécuter toutes les obli- « gations qui pourraient en résulter, et de payer les « loyers à courir, de manière que les héritiers de l'époux « prédécédé ne soient inquiétés en aucune manière à « cet égard, par qui que ce soit.

« Si l'établissement se trouve exploité dans une « maison dépendant de la communauté ou appartenant « à la succession de l'époux prédécédé, le survivant « aura le droit d'exiger qu'il lui soit fait un bail de « neuf ans au plus des lieux nécessaires à l'exploitation « dudit établissement et à son habitation, moyennant le « prix et sous les conditions qui seront fixés soit à l'a- « miable soit par des experts choisis par les parties ou « nommés d'office de la manière sus-indiquée pour l'es- « timation dudit établissement.

« Le survivant sera tenu de déclarer dans les trois « mois qui suivront la clôture de l'inventaire ou de l'es- « timation s'il entend user des droits qui viennent de « lui être réservés. A défaut d'option expresse de sa « part dans ledit délai, il sera considéré comme ayant « opté pour la conservation de l'établissement ou des « droits susindiqués.

« Il est entendu que la future épouse profitera des- « dits droits, soit qu'elle accepte la communauté, soit « qu'elle y renonce et qu'il y ait ou non des enfants. »

Aux termes de cette clause, la femme (ou le mari) survivante pourra continuer l'exploitation du fonds, peu importe qu'il soit un bien commun ou un bien propre de l'époux prédécédé et sans qu'il y ait à distinguer entre un fonds apporté en mariage ou un établissement créé pendant la vie commune. Des délais sont prévus pour permettre à la femme de s'acquitter sans précipitation de la somme qu'elle resterait devoir après impu-

tation sur sa part dans la communauté et éventuellement dans la succession du prémourant. La femme pourra profiter de la clause de prélèvement même lorsqu'elle renonce à la communauté; nous aurons à examiner plus loin à quel titre la femme pourra alors conserver le fonds de commerce [7]).

Comme il s'écoule après le décès une période plus ou moins longue pendant laquelle on ne connaît pas l'option à laquelle la femme survivante se décidera, la clause stipule fréquemment que l'époux survivant exploitera seul pendant ce laps de temps l'établissement commercial. Les futurs époux peuvent prévoir dans le contrat de mariage les conditions sous lesquelles le survivant procédera à cette gestion *par interim* et peuvent fixer l'étendue de ses pouvoirs. Pour éviter des conflits et des différends entre le survivant et les héritiers du prédécédé, il est même recommandable d'insérer dans la clause ces stipulations qui ne figurent pas dans la formule précitée et qui sont souvent rédigées en ces termes:

« Pendant le temps qui s'écoulera entre le décès et « l'option, le survivant des époux aura le droit de gérer « seul le fonds de commerce, activement et passive- « ment, pour le compte de qui il appartiendra, sans « qu'il ait besoin du concours des héritiers et représen- « tants du prédécédé, alors même que ceux-ci seraient « mineurs ou incapables. Il aura, à cet effet, les pou- « voirs les plus étendus, suivant les lois et usages du « commerce, notamment ceux d'acquitter toutes traites « et présenter tous bordereaux à l'escompte, toucher « toutes sommes dues ou échues antérieurement au dé- « cès ou au cours de l'administration et, par suite, en- « dosser et acquitter tous effets de commerce en vue de « leur recouvrement. »

La clause devrait comporter un autre additif encore; en effet, la formule générale ne vise que la dis-

7) Cf. *infra*, chap. II, 1re section, § 1.

solution de la communauté par le décès de l'un des époux, alors que le régime communautaire prend très souvent fin par le divorce, la séparation de corps ou de biens. Lorsque la communauté est dissoute du vivant des époux, la difficulté que l'on veut éviter en cas de décès par l'insertion de la clause commerciale, existe dans toute sa force, car il se peut que le mari de la femme commerçante (ou la femme du mari commerçant) demande la licitation du fonds de commerce, ce qu'il est en droit de faire, puisque les droits de survie de la femme tombent en ce cas (art. 1452 c. civ.). Il sera donc utile de compléter la clause en ce sens qu'en cas de divorce, de séparation de corps ou de biens, l'époux qui exploitera seul ou en société un fonds de commerce, pourra exercer l'option sous les mêmes conditions que celles précédemment indiquées, sous réserve de la disposition de l'article 299, al. 1 du code civil [8]).

Section II

La clause commerciale dans un acte autre que le contrat de mariage

La clause de conservation d'un fonds de commerce ou de droits sociaux dans un établissement commercial se rencontre quelquefois dans des actes autres que le contrat de mariage. Elle ne présente alors pas les mêmes caractères que lorsqu'elle est insérée dans le contrat qui fixe les rapports matrimoniaux; aussi allons-nous en dire dans cette section quelques mots pour consacrer les deux chapitres qui vont suivre exclusivement à la clause contenue dans le contrat de mariage [9]).

8) Cf. *infra*, chap. II, 2 section, § 2, II.

9) Nast, « De l'attribution d'un fonds de commerce faite au cours du mariage par l'un des époux au profit de son conjoint pour le cas de survie de celui-ci », Rép. gén. prat. du Notar. et de l'Enregistrement, 1929, p. 441.

§ 1. — La clause commerciale dans l'acte de société

Les futurs associés, en formant un acte de société, peuvent stipuler dans les statuts qu'en cas de décès de l'un ou de l'autre d'entre eux, son conjoint survivant aura la faculté de demander l'attribution des droits sociaux du défunt, à charge d'indemniser les héritiers du *de cujus*. La validité d'une pareille clause ne saurait faire l'objet d'une discussion, car elle résulte d'un texte légal, à savoir l'article 1121 du code civil qui autorise les stipulations pour autrui.

Mais un principe ne saurait être assez solidement établi pour qu'il ne donne lieu cependant dans la pratique à des controverses. Voici dans quelles circonstances, une veuve bénéficiaire d'une pareille clause s'est vu disputé le droit de demander l'attribution des droits sociaux de son mari prédécédé.

Dans l'espèce qui était soumise au tribunal civil de la Seine [10]), le mari prédécédé Cr... était associé dans une société à responsabilité limitée dont les statuts comportaient la stipulation qu'en cas de décès de l'un des associés, sa veuve aurait la faculté d'opter pour la continuation de la société ou pour sa dissolution, à charge par elle de notifier son intention aux associés dans les trois mois du décès de son mari; que si elle optait pour la continuation de la société, il était convenu que les héritiers du mari ne seraient pas personnellement associés et qu'ils n'auraient, à raison de leurs droits dans les parts sociales de leur auteur, qu'une créance contre la veuve de celui-ci. La société à responsabilité limitée dont la formation se plaçait en 1925, avait succédé en tous points à une société en nom collectif créée en 1907 par les mêmes associés et contenant la même clause de continuation de société. Avant de se marier en 1921, les

10) Trib. civ. Seine, 24 décembre 1928, Gaz. Pal. 1929. 1. 361, D. 1929. 2. 105 avec note de M. Henri Capitant.

futurs époux Cr... ont adopté par contrat de mariage le régime de la séparation de biens et y ont inséré une « clause de fonds commercial », en réservant au survivant la possibilité de conserver les droits sociaux «en tant que les actes constitutifs de la société le permettraient.»

Le tribunal, saisi de cette affaire par une fille naturelle de l'époux prédécédé, afin de faire juger que la veuve n'avait aucun droit dans la société à responsabilité limitée, n'a pas contesté la validité en elle-même de la clause des statuts sociaux, mais a cependant donné gain de cause à la concluante, motif pris de ce que la veuve n'avait pas encore accepté la stipulation faite en sa faveur dans le pacte social, à la date du 24 août 1927, à laquelle le *de cujus* avait implicitement révoqué la clause statutaire par un testament fait au profit de sa fille naturelle.

Ce jugement frappé d'appel a été infirmé par la Cour de Paris dans un arrêt récent du 21 février 1930 [11]). Cette juridiction faisant une juste application de l'article 1121 du code civil, aux termes duquel la stipulation pour autrui ne peut plus être révoquée, si le tiers a déclaré vouloir en profiter, a admis que la femme, en signant le contrat de mariage contenant la « clause de fonds commercial » avait ratifié la stipulation insérée au pacte social et que, par conséquent celle-ci était devenue irrévocable.

Relevons surtout les derniers considérants de l'arrêt déclarant « que la disposition du contrat de mariage, qui vient se juxtaposer avec cette clause a eu pour seule vertu de rendre définitive une stipulation pour autrui valable en soi; qu'elle n'a porté aucune atteinte à l'ordre légal des successions et ne revêt pas le caractère d'un pacte sur succession future. » La clause du contrat de mariage n'a donc été prise en considération par la Cour que comme ratification et acceptation de la

11) Gaz. Pal. 1930. 1. 740 avec une note.

stipulation du pacte social [12]). Nous pouvons donc en conclure que la clause de continuation de la société, insérée dans les statuts aurait eu le même effet, si la femme avait manifesté sa volonté d'en bénéficier dans un autre acte que le contrat de mariage. Sa validité est hors de doute, même lorsque la société n'est créée qu'au cours du mariage et ne comporte comme limite que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales [13]).

§ 2. — Insertion de la clause commerciale dans un testament ou une convention au cours du mariage

L'époux commerçant a toute liberté de léguer son fonds de commerce propre à son conjoint et de subordonner le legs à telle condition ou charge qu'il lui plaira. Il n'aura à tenir compte que de la restriction résultant des dispositions légales sur la réserve. Mais par ailleurs, comme le testament est essentiellement révocable, ce procédé n'offre pas les avantages d'une clause commerciale insérée dans un contrat de mariage, en la supposant valable, bien entendu. S'agit-il d'un fonds de commerce commun, chaque époux peut séparément léguer à l'autre la moitié qui lui revient du fonds, en stipulant éventuellement à la charge du bénéficiaire de verser à la succession du prémourant la valeur de cette partie de l'établissement commercial. Ce mode d'attribution com-

12) La Cour de Paris a évité ainsi de se prononcer sur la question de savoir si la clause commerciale stipulée dans le contrat de mariage et portant sur un fonds propre du prémourant doit être frappée de nullité. Deux mois auparavant (Paris, 5 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 180), la même chambre de cette juridiction s'est exprimée avec la même prudence dans une autre espèce comme suit: « Mais considérant que, si l'on discute avec raison en doctrine et en jurisprudence la question de savoir si la clause de conservation d'un fonds de commerce stipulée dans un contrat de mariage au profit de l'un des époux, peut tomber, le cas échéant, sous la prohibition des pactes sur succession future, la situation n'est pas la même quand la clause de conservation ou de rachat en faveur de l'associé survivant est insérée dans un acte de société. »

13) Sur le cas d'une société entre époux ou d'une société entre époux et tiers, voir E. Béhin, op. cit., N° 45 et suivants, p. 52 s.

porte les mêmes réserves que celui qui se réfère à un fonds propre.

Il peut arriver que des époux qui ont omis de faire insérer dans leur contrat de mariage la clause de conservation d'un fonds de commerce ou qui se sont mariés sans contrat, désirent stipuler cette clause au cours de la communauté. Ils auront la possibilité d'avoir recours au mode de la donation [14]), s'ils veulent faire une libéralité pure et simple ou au moins partielle et ils seront alors soumis aux dispositions qui régissent les donations entre époux [15]).

Si la stipulation a pour objet un fonds de commerce dépendant de la communauté [16]) et que l'attribution doit se faire à titre onéreux, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 c. civ.) s'oppose à la validité d'une pareille convention. Il n'est donc pas nécessaire pour la frapper de nullité de la considérer comme un pacte sur succession future, ainsi que l'a fait une décision récente dans une espèce où il s'agissait d'une exploitation agricole [17]).

14) Cf. Henri Capitant, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1927, p. 70 s.

15) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. 3, N° 3204 et suivants.

16) Sur le point de savoir, si une clause commerciale à titre onéreux se rapportant à un fonds propre, est un pacte sur succession future, voir *infra*, dernier chapitre.

17) Trib. civ. de la Seine-Inférieure (section de Rouen), 19 juin 1929, Gaz. Pal. 3 octobre 1929 avec note, D. H. 1929. 567, qui contient l'attendu suivant: « Attendu que la clause litigieuse de conservation d'une exploitation agricole dépendant de la communauté et moyennant un prix à fixer par experts, constitue incontestablement une promesse de vente et non une donation, puisque l'opération n'a aucun caractère gratuit; que, contenue dans un contrat de mariage, cette clause serait évidemment valable et licite, notamment par application des articles 1515 et 1520 c. civ., car, en vertu du premier de ces textes, prévoyant le préciput conventionnel, les futurs époux peuvent stipuler que le survivant aura le droit de prélever, avant tout partage, des effets de la communauté, et que, d'après l'article 1520, les futurs époux peuvent, dans leur contrat de mariage, convenir que toute la communauté appartiendra au survivant, mais que, renfermée comme dans l'espèce, dans un acte passé entre époux, postérieurement à leur mariage, elle constitue un pacte sur succession future, prohibé par l'article 1130 c. civ... » Comp. trib. de Chartres, 30 juillet 1902, Journ. des Notaires, N° 27.957. — Voir pour la validité: E. Béhin, op. cit., N° 37, p. 44.

CHAPITRE II

LA CLAUSE COMMERCIALE CONTENUE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE ET AYANT POUR OBJET UN FONDS DE COMMERCE COMMUN

Nous venons de voir que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à la validité des stipulations qui ne sont pas insérées dans le contrat de mariage. Cette difficulté ne se présente donc plus, si la clause est contenue dans le contrat qui fixe les rapports matrimoniaux. Néanmoins nous verrons que d'autres objections seront soulevées pour contester la validité de la clause quand elle se rapporte à un fonds de commerce propre et qu'elle est à titre onéreux.

Ici nous examinerons en premier lieu la nature juridique et la validité de la clause commerciale se référant à un fonds commun et nous étudierons ensuite les effets de cette clause.

Section I

Nature juridique et validité de la clause

Le désir des futurs époux de garantir au survivant la possibilité de continuer l'exploitation d'un établissement commercial qui a été une source de revenus pendant la communauté, est entièrement licite et compréhensible. Il se traduit par l'insertion dans le contrat de mariage de la clause de conservation du fonds de commerce dont la fréquence démontre à elle seule déjà le grand intérêt d'une pareille stipulation.

§ 1. — Nature juridique de la clause

La nature juridique de la clause commerciale a donné lieu autrefois à des controverses, mais elle peut être considérée actuellement comme définitivement fixée grâce à un arrêt récent de la Cour suprême.

La question de la nature juridique de la clause présente un grand intérêt au point de vue fiscal, puisque selon le caractère qui est reconnu à l'attribution du fonds au survivant, le taux des droits fiscaux sera plus ou moins élevé. Cette différence de taux suivant que la clause est à considérer comme vente, donation ou convention matrimoniale explique pourquoi les premières controverses jurisprudentielles se sont présentées dans le domaine fiscal.

La Régie, voyant dans l'obligation du survivant de verser aux héritiers du prédécédé la valeur en deniers du bien commun prélevé, l'élément prédominant de la clause, a soutenu qu'on était en présence d'une véritable vente passible du droit de mutation. Cette thèse a été adoptée vers le milieu du dernier siècle par le tribunal civil de la Seine dans plusieurs jugements [1]). Mais cette jurisprudence ne fut pas suivi par d'autres juridictions inférieures [2]) et fut condamnée par la chambre civile de la Cour de Cassation dès 1856 [3]). La Cour suprême, tout récemment, eut à se prononcer à nouveau sur le caractère juridique de ces clauses insérées dans le contrat de mariage, mais avec cette différence que l'espèce qui lui était soumise se rapportait uniquement à un établissement commercial et non comme dans l'hypothèse jugée en 1856 à l'attribution de toute la communauté.

La Chambre civile [4]) a suivi sa jurisprudence antérieure, appliquée en matière fiscale, et s'appuyant sur l'article 1525, al. 2 du code civil, elle a établi le principe

1) Trib. civ. Seine, 19 juillet 1853, D. 1854. 3. 63; 14 mars et 17 août 1855, D. 1855. 5. 184.

2) Trib. civ. Lille, 27 août 1853, D. 1854. 3. 73; 27 décembre 1900, D. 1901. 5. 268, S. 1903. 2. 119; Trib. civ. Coulommiers, 8 mai 1903, S. 1906. 2. 23; Paris, 11 décembre 1924, La Loi 26. 2. 1925, Gaz. Pal. 1925. 1. 403, D. H. 1925. 31, D. P. 1925. 2. 39.

3) Civ. 7 avril 1856, D. 1856. 1. 207, S. 1856. 1. 538; 21 mars 1859, S. 1860. 1. 812.

4) Civ. 16 décembre 1925, Gaz. Pal. 1926. 1. 249, D. 1927. 1. 5, note de M. Henri Capitant, S. 1926. 1. 169, note de M. Vialleton.

dans le principal considérant suivant : « Attendu que la clause du contrat de mariage qui attribue à l'un des époux ou au survivant, le droit de conserver, après la mort du conjoint qui l'exploite, un fonds de commerce dépendant de la communauté, doit être, sous réserve du droit des enfants issus d'un précédent mariage, réputé simplement une convention de mariage et entre associés ».

La doctrine [5]) est d'accord avec la jurisprudence pour considérer la clause commerciale insérée dans le contrat de mariage comme une convention matrimoniale qui rentre dans les limites de l'article 1497 du code civil. Le survivant qui prélève le fonds de commerce ne le reçoit pas en qualité d'acheteur, ni en qualité de propriétaire, ni en celle de donataire, mais en sa qualité de copartageant. Nous verrons dans le paragraphe suivant toutes les conséquences qui découlent de la qualification juridique de la clause de conservation du fonds de commerce.

La clause commerciale comporte en général la stipulation que la femme pourra bénéficier des droits en question, même dans le cas où elle renoncerait à la communauté. Dans cette dernière hypothèse, on peut se demander si le caractère juridique du prélèvement du fonds par la femme est différent de celui qu'il a en cas d'acceptation de la communauté. En effet, par suite de sa renonciation, la femme n'est plus commune en biens et le patrimoine commun fait partie de la succession du mari.

Certains jugements ont décidé que l'opération juridique par laquelle la femme renonçante devient propriétaire du fonds est une vente, puisqu'elle est étrangère au patrimoine autrefois commun et qu'elle verse la valeur de l'objet qu'elle acquiert. Le tribunal de Cou-

5) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 296, N° 893; Cendrier, op. cit., p. 480, N° 672; Capitant, Rev. crit. de jur. et de lég., 1927, p. 30; Nast, D. H. 1929. 37; Béhin, op. cit., p. 74; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. V., p. 509 s.; Vignancour, op. cit., p. 73 s.; Basset, op. cit., N° 154.

lommiers [6]) qui avait à se prononcer sur une espèce de ce genre, s'est exprimé en ces termes: « Que l'attribution faite à son profit constitue alors une stipulation entre personnes non associées présentant les caractères d'une dation en paiement ou d'une vente. Dans cette hypothèse, il n'y a donc, ni convention de mariage, ni libéralité, mais une véritable mutation à titre onéreux dont le prix est représenté par la valeur estimée. »

Cette solution n'a pas trouvé beaucoup de partisans, car elle ne répond nullement au but que les contractants ont poursuivi en insérant la clause dans le pacte matrimonial. Suivant une autre interprétation, la femme renonçante ferait le prélèvement du fonds à titre de donataire avec charge. Ce système qui a été consacré par un arrêt de la chambre civile [7]) et qui est préconisé par une partie de la doctrine [8]), se heurte à des objections sérieuses. La première découle de l'article 1516 du code civil, aux termes duquel le préciput n'est pas sujet aux formalités des donations et qui ne fait aucune distinction entre le cas où la femme accepte la communauté et celui où elle y renonce. Que la clause commerciale soit assimilable à un préciput ne peut être nié par personne. M. Nast, en examinant la situation de la femme acceptante, déclare [9]) : « Elle constitue en effet un préciput à titre onéreux, un prélèvement d'effet commun moyennant indemnité, licite en vertu de l'article 1515 c. civ.; elle a le caractère d'une convention matrimoniale... » Il n'y a donc pas de raison pour faire changer la nature juridique du préciput, suivant le parti que

6) Trib. civ. Coulommiers, 8 mai 1903, S. 1906. 2. 23 ; dans de même sens: Trib. civ. Seine, 14 mai 1906, S. 1909. 2. 262; Trib. civ. Seine, 20 mars 1922, Gaz. trib. 14. 6. 1922.

7) Civ. 12 juin 1872, D. 1872. 1. 327, S. 1872. 1. 308.

8) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, N° 945; Tissier, note S. 1906. 4. 33.

9. M. Nast, Validité de la clause de conservation d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole, propre à l'un des époux. D. H. 1929. 37.

prendra la femme à la dissolution de la communauté [10]). Le moment important et intéressant pour apprécier le caractère d'une stipulation ou d'une clause, ce n'est pas celui où elle produit son effet qui peut subir la répercussion d'autres événements juridiques, mais c'est le moment de l'insertion dans le pacte qui en forme le soutien et qui est dans notre hypothèse le contrat de mariage.

Nous sommes donc amenés à voir dans la clause commerciale, même dans le cas où la femme renonce à la communauté, une convention de mariage [11]). Cette solution se fonde sur l'article 1516 c. civ. qui, tout en suivant un texte qui distingue le préciput selon l'option de la femme à la dissolution de la communauté, dispose d'une façon générale que cet avantage constitue une convention de mariage. Le prélèvement rend la femme propriétaire du fonds à partir de la dissolution du régime communautaire, de sorte que le patrimoine commun qui échoit au mari ne comprend déjà plus ce bien. L'intention des parties était de permettre au survivant de prélever dans la communauté le fonds de commerce avant toutes autres opérations. La Cour de Paris semble être entrée dans cette vue par son arrêt du 11 décembre 1924 [12]), contenant le considérant suivant : « que sans enfreindre les dispositions de l'article 1389 c. civ., les associés conjugaux ont pu valablement convenir que l'époux survivant conserverait le bien, qu'en fait il possédait déjà dès la célébration du mariage; qu'il est vrai de dire que la femme survivante ayant profité de l'option qui lui était offerte, a fixé sur sa tête un droit né avant le décès de son conjoint. »

10) Aubry, Rau et Bastin, VIII, note 5, § 529; Henri Capitant, Rev. crit. de lég. et de jur., 1927, p. 33; Vignancour, op. cit., p. 74.

11) Henri Capitant, op. cit., p. 33; Vignancour, op. cit., p. 74.

12) La loi 26. 2. 1925; Gaz. Pal. 1925. 1. 403; D. H. 1925. 31; D. P. 1925. 2. 39.

La nature juridique de la clause commerciale ne change pas, quand le fonds faisant l'objet de la clause est une officine de pharmacie ou une herboristerie [13]). Un fonds de ce genre peut, comme tout autre établissement commercial, être attribué à l'époux survivant à charge par celui-ci de verser la valeur fixée selon dire d'experts à la masse de la communauté. La théorie, contenue dans un jugement du tribunal civil du Havre [14]), suivant laquelle la valeur vénale seule tomberait en communauté et le conjoint non diplômé ne pourrait être propriétaire d'un fonds de pharmacie, n'a pas beaucoup de défenseurs [15]). Elle étend en effet à l'officine de pharmacie un principe appliqué aux offices ministériels pour lesquels on distingue le « titre » et la « finance », sans que cette extension soit justifiée par un argument décisif [16]).

La rigueur de la déclaration du roi du 25 avril 1777 et de la loi du 21 germinal an XI (art. 25), aux termes desquelles un pharmacien doit réunir en sa personne et la qualité de propriétaire du fonds et celle de titulaire du diplôme de pharmacien se trouve fortement atténuée par une disposition contenue dans la loi de l'an XI et dans la loi du 9 février 1916 [17]). D'après ces derniers textes, la veuve peut continuer pendant un an de tenir l'officine de son mari prédécédé [18]), sous certaines conditions qui y sont précisées, ce qui lui permet, après

13) Paris, 11 décembre 1924, précité.

14) Trib. civ. Le Havre, 24 juillet 1924, Gaz. Pal. 1924. 2. 423, D. 1925. 2. 148 avec note de M. Nast; voir aussi Trib. civ. Toulouse, 22 juin 1929, Rép. gén. prat. du Notar. et de l'Enreg. 1930. 418.

15) Metz, 3 juin 1841, Jur. gén. V° chose jugée, N° 50—9 ; Req. 8 novembre 1922, D. 1924. 1. 186; Vignancour, op. cit., p. 11; Cendrier, op. cit., p. 480, N° 672. — Pour la clientèle d'un vétérinaire, voir Trib. civ. Doullens, 8 mai 1908, S. et P. 1910. 2. 260, D. 1910. 2. 92.

16) Voir note de M. Nast, précitée.

17) J. O. 11 février 1916.

18) Alger, 6 juillet 1897, D. 1899. 2. 310, qui admet que, même après l'expiration d'une année, la veuve ou les héritiers conservent le droit de vendre valablement la pharmacie.

avoir opté pour la conservation du fonds, d'attendre une bonne occasion pour aliéner l'officine avec un bénéfice important.

A raison du régime spécial existant en Alsace et en Lorraine pour les pharmacies, il est nécessaire d'envisager à part la situation des officines dans les trois départements recouvrés. En effet, tandis que dans l'ancienne France, la profession de pharmacien peut être librement exercée comme toute autre profession commerciale (sous réserve des conditions de diplôme), les lois locales, par contre, qui sont encore en vigueur dans les départements recouvrés, ne permettent pas la création d'une nouvelle pharmacie sans autorisation gouvernementale [19]).

Pour que l'officine de pharmacie puisse entrer en ligne de compte pour faire l'objet d'une clause commerciale, il est nécessaire qu'elle puisse être transférée. Or, actuellement, le régime applicable en Alsace et en Lorraine distingue deux catégories de pharmacies, les unes soumises à la loi du 19 mai 1877, les autres à la loi du 14 juillet 1903. Les premières peuvent être cédées, vendues et passent à la mort des titulaires aux héritiers qui peuvent les transférer à d'autres pharmaciens [20]); ces officines ont le même caractère juridique que celles créées avant 1870 sous l'ancien régime français. Aussi donnerons-nous pour cette catégorie la même solution quant à la clause commerciale que dans les autres départements français.

En revanche, les pharmaciens qui ont reçu l'autorisation gouvernementale après la loi du 14 juillet 1903 ne sont titulaires que d'une concession personnelle, s'éteignant à leur mort; le paragraphe 1 de la loi prévoit expressément que la concession n'est pas transmis-

19) Cf. E. Wilhelm, Le changement du régime des pharmacies en Alsace et en Lorraine et l'indemnité à accorder aux pharmaciens, Revue juridique d'Als.-Lorr., 1920, p. 145 s. — Répertoire pratique Niboyet, sous Pharmacies, N° 2.

20) E. Wilhelm, précité, p. 149.

sible : « Le droit n'est accordé que pour l'établissement et le fonctionnement dans une maison déterminée. Il ne peut être transféré à une autre personne. » En conséquence, la concession prenant fin au décès de son titulaire, ne peut pas être attribuée à l'époux survivant par une clause de conservation. C'est à cette hypothèse que le jugement du tribunal civil du Havre du 24 juillet 1924 [21]) pourrait s'appliquer.

§ 2. — Conséquences de la nature juridique

Nous venons de voir dans le paragraphe précédent que la clause commerciale insérée dans le contrat de mariage s'analyse en principe, sous quelque forme qu'elle se présente, en une convention de mariage, du moins en est-il ainsi quand elle a pour objet un fonds dépendant de la communauté. Cette qualification juridique entraîne diverses conséquences qu'il importe de signaler.

1° La validité de la clause n'est plus discutée par personne; la jurisprudence [22]), tout comme la doctrine [23]) voient dans cette stipulation une convention de mariage valable en vertu des articles 1515 à 1525 et 1527 du code civil.

2° Dans le domaine fiscal, la qualification juridique de la clause a mis fin à une controverse portant sur le point de savoir quels droits sont dus par l'époux bénéficiaire de la stipulation. Celle-ci ne s'analysant pas en une vente ne donne pas lieu à la perception du droit de mutation sur les acquisitions à titre onéreux [24]).

21) Jugement précité.

22) Civ. 7 avril 1856, D. 1856. 1. 207, S. 1856. 1. 538; 21 mars 1859, S. 1860. 1. 812; Req. 24 mars 1903, D. 1904. 1. 33, S. 1904. 1. 137; Civ. 16 décembre 1925, D. 1927. 1. 5 note de M. Capitant, S. 1926. 1. 169, note de M. Vialleton, Gaz. Pal. 1926. 1. 249.

23) Henri Capitant, Rev. crit. de légis. et de jur., 1927, p. 30; Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 290; Béhin, op. cit., p. 74.

24) Trib. civ. Lille, 27 août 1853, D. 1854. 3. 73; Civ. 7 avril 1856, précité.

3° Les dispositions et les formalités de la loi du 17 mars 1909 « relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce » ne sont pas applicables à la conservation d'un fonds en vertu de la clause commerciale, puisque l'opération n'est pas une vente [25]).

4° Les héritiers créanciers du prix d'estimation du fonds n'ont pas comme garantie ni comme sanction le privilège du vendeur ou l'action en résolution.

5° Comme le survivant prélève le fonds à titre de copartageant, il est censé en avoir été propriétaire depuis le jour de l'acquisition de ce bien par la communauté, conformément à l'article 883 du code civil, mais sous réserve de la validité des actes passés durant la communauté [26]).

6° L'attribution du fonds en vertu d'une clause commerciale n'étant pas une donation ne peut pas donner lieu à réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, abstraction faite des dispositions spéciales dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage (1527.3) et où certains éléments du fonds seraient conservés gratuitement.

7° La chambre civile de la Cour de Cassation [27]) avait récemment à déduire de la nature juridique de la clause commerciale une autre conséquence intéressante. Dans l'espèce qui lui était soumise, le fonds de commerce commun exploité durant la communauté par le mari, n'avait pas été payé intégralement du vivant de celui-ci. La femme qui avait opté pour la conservation du fonds, comme la clause du contrat de mariage lui permettait de le faire, avait été assignée par le vendeur en paiement du reliquat du prix de vente. Bien que la femme n'eût contracté aucune obligation personnelle à l'égard du vendeur, la Cour d'appel de Paris [28]) l'avait

25) Cependant, par prudence et pour prévenir toutes controverses sur la question, la pratique notariale remplit les formalités prescrites par la loi de 1909.

26) Req. 24 mars 1903, D. 1904. 1. 33, S. 1904. 1. 137.

27) Civ. 16 décembre 1925, précité.

28) Paris, 15 novembre 1923, Gaz. Pal. 1926. 1. 249.

condamnée au versement du reliquat, motif pris de ce « qu'ayant opté pour la conservation du fonds de commerce, elle doit être présumée avoir été propriétaire depuis la mort de son mari ».

La Cour suprême a cassé l'arrêt sur ce point, motif pris de ce que la femme n'était pas devenue par le seul effet de l'attribution du fonds, débitrice personnelle de la partie du prix qui restait encore due. Le considérant de cet arrêt est absolument net à ce sujet : « Attendu que la femme survivante qui, en vertu de cette clause, use de la faculté de conserver le fonds de commerce commun, acheté et exploité par le mari prédécédé, ne devient débitrice personnelle du vendeur encore non payé, avec lequel elle n'a pas contracté, que dans la mesure où elle succède au défunt; qu'il n'en pourrait être autrement que dans le cas où les stipulations du contrat de mariage ou celles de l'acte de partage de la communauté mettraient à sa charge la totalité de l'obligation. » Il résulte de cet arrêt que la répartition du passif de la communauté, tant au point de vue de l'obligation qu'au point de vue de la contribution aux dettes, n'est pas modifiée par la clause commerciale.

Section II

Effets de la clause

Pour l'étude des effets de la clause, il y a lieu de distinguer la période antérieure à la dissolution de la communauté et celle qui suit la dissolution.

§ 1. — Au cours de la communauté

Pendant cette période, la clause produit un effet purement négatif, en ce sens que les pouvoirs respectifs des époux sur le fonds de commerce ne subissent aucune entorse par suite de l'existence de la clause de conser-

vation. Le mari demeure le « maître et seigneur » de la communauté et il reste investi des droits que l'article 1421 du code civil lui confère. Il peut donc vendre, donner en nantissement le fonds de commerce ou l'apporter en société, sans le consentement de sa femme. La doctrine [29]) et la jurisprudence [30]) sont d'accord pour admettre que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne saurait empêcher le mari de disposer du fonds, d'autant moins que l'intention des parties est d'envisager seulement le cas où il existerait un fonds de commerce au moment de la dissolution du régime communautaire.

Un arrêt de la chambre des requêtes [31]), en confirmant les décisions rendues par les deux juridictions inférieures, s'est exprimée en ces termes : « Attendu que, par suite de son estimation dans le contrat de mariage, ce fonds était tombé en communauté, et que, comme tel, il était à la libre disposition du mari; que ce droit de disposition ne trouvait aucune limitation ni restriction dans la clause dite « commerciale ».

« Que cette clause constitue un mode éventuel de règlement pour le cas où existerait au moment du décès du prémourant des conjoints, un établissement commercial en comportant application; que l'apport du fonds de commerce dans une société est valable, que, par une pareille convention, il n'a pas été porté atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. »

Cet arrêt a été critiqué par M. Béhin [32]) qui lui reproche d'avoir empêché la femme survivante de conserver le fonds, au profit de l'associé du mari prémourant, alors que la clause du pacte social stipulant que l'associé deviendrait seul propriétaire à la charge de payer

29) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 293; H. Capitant, Revue crit. de lég. et de jur., 1927, p. 34; Béhin, op. crit., p. 75 s.; Vignancour, p. 76 s.

30) Trib. civ. Seine, 17 août 1900; Paris, 11 février 1901; Rep. 24 mars 1903, D. 1904. 1. 33, note Planiol, S. 1904. 1. 137.

31) Req. 24 mars 1903, précité.

32) Béhin, op. cit., N° 65.

une certaine somme aux ayants droit du *de cujus*, serait inopérante en présence de la clause commerciale contenue dans le contrat de mariage. Cet auteur donne comme argumentation juridique, pour soutenir son opinion, le raisonnement suivant : l'époux bénéficiaire est censé, en vertu de l'effet déclaratif du partage, avoir toujours été propriétaire du fonds et en conséquence, le mari en aliénant le fonds ou en l'apportant en société, n'a pas pu disposer valablement d'un propre de la femme. En vérité, il y a là un cercle vicieux; l'époux survivant ne peut exercer son option que si l'établissement commercial existe encore comme bien commun à la dissolution. Or, du moment que le fonds a été apporté en société par le mari durant la communauté, la femme ne peut plus prélever ce bien dont le sort est valablement réglé par les dispositions statutaires conformes à l'article 1868 du code civil. Nous suivrons donc l'opinion de la grande majorité de la doctrine [33]) en approuvant la décision de la Cour suprême sur cette question.

Le principe que le mari peut librement disposer pendant la communauté du fonds de commerce faisant l'objet de la clause de conservation subit deux réserves dont l'une a sa source dans un vieil adage et l'autre dans un texte légal. La première résulte de la maxime «*Fraus omnia corrumpit*» qui n'est pas spéciale à cette matière, mais qui y est appliquée chaque fois que le mari fait un acte préjudiciable aux intérêts de la femme et dans le but de lui nuire [34]).

La deuxième réserve découle de l'article 1423 du code civil. Ce texte permet au mari de léguer sa part dans la communauté, mais il ajoute que le légataire ne pourra réclamer le bien faisant l'objet de la libéralité qu'autant qu'il tombe au lot des héritiers du mari. En conséquence, si la femme en sa qualité de copartageante,

(33) Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 293, note 1; H. Capitant, op. cit., p. 35.

34) Voir sur la question des actes frauduleux: Planiol et Ripert, op. cit., t. VIII, par Nast, N° 545 s. avec références de doctrine et de jurisprudence.

prélève le fonds de commerce commun, le bénéficiaire du legs n'aura que la récompense de la valeur du fonds légué [35]). Il est donc exact de dire qu'à ce point de vue aussi, la liberté du mari de disposer du fonds faisant l'objet de la clause commerciale est soumise à une restriction.

§ 2. — A la dissolution de la communauté

Le régime communautaire peut prendre fin par le décès de l'un des époux ou par des événements d'une autre nature, qui sont le divorce, la séparation de corps ou de biens, l'absence.

I. — Dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux

Malgré le nombre toujours croissant des divorces, la dissolution de la communauté par le prédécès de l'un des conjoints est encore l'hypothèse normale. La doctrine [36]) et la jurisprudence [37]) sont d'accord pour admettre que dans ce cas, l'époux survivant qui opte pour la conservation du fonds de commerce, en devient propriétaire à titre de copartageant. Le bénéficiaire de la clause peut ensuite librement disposer de l'établissement commercial, l'aliéner, le louer, le grever d'un nantissement. On peut être d'avis que cette faculté du survivant de vendre le fonds de commerce contrevient à l'intention des parties, lorsqu'elles ont stipulé la clause commerciale qui devait permettre au survivant de continuer l'exploitation commerciale dont les revenus ont alimenté la caisse de la communauté. Mais comme ni la

35) Cf. trib. civ. Lyon, 7 juillet 1922, Journal du Notariat, année 1923, p. 507.

36) Capitant, op. cit., N° 22; Planiol et Ripert, op. cit., t. IX, par Nast, p. 296; Béhin, op. cit., N° 69.

37) Paris, 11 décembre 1924, précité.

clause ni la loi n'édicte l'inaliénabilité du fonds de commerce ayant fait l'objet de l'option, le droit de propriété du bénéficiaire de la clause ne saurait être restreint. Nous ne sommes pas ici en présence d'une faculté telle que le droit de reprise d'un logement accordé au propriétaire d'un immeuble par la législation spéciale des loyers [38]), faculté qui à raison de son caractère strictement personnel ne permet pas au bénéficiaire ayant exercé ledit droit, d'en faire profiter une autre personne. Aussi la Cour de Paris [39]), dans une espèce dont nous avons déjà parlé, n'a-t-elle pas hésité à valider la revente d'une officine de pharmacie au prix de 20.000 fr. par une veuve qui, quatre mois auparavant, avait opté pour la conservation du fonds en indemnisant les héritiers du prémourant avec 1.880 francs selon dire d'experts.

Cette espèce fournit un argument frappant contre la théorie d'après laquelle les créanciers de l'époux survivant ne pourraient pas exercer le prélèvement du fonds en vertu de l'article 1166 du code civil. M. Capitant [40]) estime que le droit d'option est exclusivement attaché à la personne du survivant, « en vue de lui assurer les ressources ». S'il est exact que ce motif inspire pour une grande part la stipulation de la clause, il n'en est pas moins vrai que l'exercice de l'option fait entrer dans le patrimoine du survivant un élément qui, ainsi que l'espèce précitée le montre d'une façon éclatante, peut engendrer par sa revente, d'importants bénéfices. A notre époque qui se distingue par les spéculations créatrices de grosses fortunes, l'opération, telle que l'a effectuée la veuve du pharmacien prémourant, n'a rien d'anormal, de sorte que l'utilisation de l'article 1166 du code civil par les créanciers résiste à l'objection que le survivant serait contraint « à continuer ou à entrepren-

38) Loi du 1er avril 1926, modifiée par la loi du 29 juin 1929.

39) Paris, 11 décembre 1924, précité.

40) Capitant, op. cit., N° 19, contra: Vignancour, op. cit., p. 79.

dre une exploitation commerciale dont il se refuse à assumer la charge [41]).

Pour les mêmes motifs que ci-dessus, nous admettrons que les héritiers de l'époux survivant pourraient exercer le droit d'option, si cet époux venait à mourir avant d'avoir usé de la faculté, car celle-ci représente un élément patrimonial dont l'importance peut être assez grande. Ce droit des héritiers est même soustrait à toute discussion dans le cas où l'époux bénéficiaire est mort après le délai fixé par la clause pour l'exercice de l'option, sans s'être prononcé, puisque selon les stipulations habituelles, le silence de l'époux survivant vaut acceptation de l'avantage de la clause commerciale.

La valeur du fonds de commerce est fixée selon la méthode et dans les conditions prévues dans le contrat de mariage. Le bénéficiaire de la clause s'en acquittera par imputation sur la part lui revenant dans le partage de la communauté et dans la succession du prémourant. Le versement d'une soulte éventuelle est garanti par le privilège du copartageant, tel qu'il est établi par l'article 2103, 3° du code civil [42]).

II. — Dissolution de la communauté par divorce, séparation de corps ou de biens ou absence

Pour connaître les effets de la clause commerciale, lorsque le régime communautaire prend fin par suite d'un événement autre que le décès de l'un des conjoints, il est nécessaire de distinguer trois hypothèses différentes selon les stipulations du contrat de mariage.

1° *hypothèse.* — Il est possible que les futurs époux n'aient prévu la faculté de conservation du fonds de commerce commun que pour le cas où c'est le décès de

41) Capitant, op. et loc. cit.

42) Sur les questions qui se posent en cas d'existence d'enfants d'un précédent mariage, voir Capitant, op. cit., N° 27 et suivants; Béhin, op. cit., N° 71 et suivants; note de M. Capitant sous Civ. 16 décembre 1925, D. P. 1927. 1. 5.

l'un d'eux qui dissout la communauté. Il est certain qu'en présence d'une pareille stipulation, la clause commerciale ne pourra pas produire d'effet, lorsque le régime de communauté a cessé d'exister à la suite du divorce, de la séparation de biens ou de corps ou de l'absence.

2e *hypothèse.* — Ainsi que nous l'avons montré plus haut [43]), la clause commerciale peut contenir la convention qu'en cas de dissolution du vivant des époux, celui qui exploitera seul ou en société un fonds de commerce, pourra exercer l'option sous les mêmes conditions que celles précédemment indiquées, sous réserve de la disposition de l'article 299, al. 1 du code civil. En conséquence, si l'un de ces événements se produit, l'époux qui exploitait seul le fonds et à la condition que le jugement de divorce ou de séparation n'ait pas été prononcé à ses torts, pourra exercer le prélèvement du fonds. Si, par contre, l'époux commerçant est reconnu coupable par la décision judiciaire [44]), il sera déchu du bénéfice de la clause et celle-ci ne sera pas prise en considération pour le partage de la communauté. Au lieu de prévoir le bénéfice de l'option seulement au profit de l'époux qui exploite le fonds de commerce, on peut insérer dans la clause que la faculté d'option appartiendra à celui qui n'aura pas les torts dans la procédure de divorce ou de séparation de corps.

3e *hypothèse.* — Supposons maintenant que le contrat de mariage, sans viser spécialement le cas de dissolution de la communauté du vivant des époux comme dans l'hypothèse précédente, ne subordonne cependant pas la possibilité de l'option à la dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux. C'est l'hypothèse où l'option peut être exercée seulement à la mort de l'un des conjoints, mais où le régime communautaire a pu déjà prendre fin antérieurement au prédécès.

43) Cf. *supra,* chap. I, 1re section.

44) Même si le divorce est prononcé aux torts et griefs réciproques des deux époux. Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, N° 644; Paris, 30 août 1862, S. 1862. 2. 443.

Pour que l'option soit possible par l'époux survivant, il faut supposer qu'au moment du partage de la communauté après le divorce, la séparation de corps ou de biens, le fonds n'ait pas passé en des mains étrangères à la suite d'une licitation que l'un ou l'autre des époux aurait été en droit d'exiger à raison du caractère impartageable du fonds. En admettant que le fonds de commerce existe encore au prédécès du conjoint au profit duquel le jugement a été prononcé, les dispositions de l'article 299 du code civil ne font-elles pas obstacle à l'exercice du prélèvement par l'époux coupable? A notre avis, ce texte s'étend à la clause commerciale, puisque l'expression « avantages » embrasse les avantages matrimoniaux dont notamment la clause de préciput (art. 1518 c. civ.). Il nous semble que l'argument de M. Capitant [45]), selon lequel l'article 299 ne vise que des « avantages pécuniaires », des libéralités, ne repose pas sur un fondement légal et ne se justifie pas par le texte. L'article 299 se sert du terme « avantages » et non du terme « libéralités » [46]). En conséquence, dans cette troisième hypothèse, seul l'époux au profit duquel le jugement a été prononcé pourra exercer le prélèvement du fonds en cas de prédécès de son conjoint.

Les règles qui viennent d'être exposées, s'appliquent indistinctement au cas où la communauté a pris fin par suite du divorce ou de la séparation de corps. Elles sont les mêmes aussi dans l'hypothèse où la femme a obtenu judiciairement la séparation de biens à titre principal avec cette différence cependant que la loi n'édicte pas de déchéance analogue à celle de l'article 299 c. civ.

Rappelons enfin qu'en cas d'absence de l'un des époux, il peut avoir ouverture de la faculté de prélèvement du fonds, soit au moment de la dissolution provisoire de la communauté (art. 124 c. civ.), soit au moment de la liquidation définitive (art. 129 c. civ.).

45) Capitant, op. cit., N° 14.

46) En ce sens: Béhin, op. cit., N° 76; Vignancour, op. cit., p. 81; Comp. aussi Planiol et Ripert, op. cit., t. II, par Rouast, N° 646.

CHAPITRE III

LA CLAUSE COMMERCIALE CONTENUE DANS LE CONTRAT DE MARIAGE ET AYANT POUR OBJET UN FONDS DE COMMERCE PROPRE

La doctrine ainsi que la jurisprudence [1]) rangent le fonds de commerce parmi les biens incorporels de caractère mobilier. Il suit donc sous le régime de la communauté le sort des meubles, tel qu'il est fixé par les articles 1401, 1° et 1498, 1° du code civil. En conséquence, le fonds de commerce sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, reste propre à l'époux, lorsque celui-ci le possédait le jour de la célébration du mariage ou lorsqu'il l'acquiert par donation ou par legs au cours du mariage. Sous le régime de la communauté légale, il tombe dans la masse commune, soit qu'il fût la propriété de l'un des époux au moment de la célébration du mariage, soit qu'il ait été acquis par eux au cours du mariage à titre onéreux ou à titre gratuit, soit qu'il ait été créé durant la communauté [2]).

Par application de ce principe, le fonds de commerce exploité par la femme mariée commerçante sous le régime de la communauté légale, aura le plus souvent le caractère d'un bien commun, de sorte que si les futurs époux ont stipulé la clause commerciale par contrat de

1) Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, N° 109; Planiol, Ripert et Nast, op. cit., t. VIII, N° 175; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, III, No 241; Planiol, Traité de droit civil, I, N° 2247. — Metz, 3 juin 1841, D. Jur. Gén. V° Chose jugée, N° 50—9, S. 1842. 2. 899; Douai, 1er avril 1912, D. 1913. 2. 17, note de M. Lalou.

2) Mêmes références que note 1). Voir en plus: Cendrier, op. cit., N° 642; note de M. Nast sous trib. civ. Le Havre, 24 juillet 1924. D. 1925. 2. 148; Répertoire gén. alphabétique du Droit français par A. Carpentier, supplément 1924, sous Communauté conjugale, N° 152—3; Aubry et Rau, VIII, p. 286, § 507; Troplong, Contrat de mariage, I, N° 414; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de mariage, I, N° 289; Basset, op. cit., N° 3. — Paris, 18 janvier 1927, D. 1928. 2. 145, note de M. Capitant.

mariage, la réalisation de cette clause ne présentera pas fréquemment les difficultés qui font l'objet du présent chapitre. Néanmoins, même sous le régime matrimonial légal, le fonds de commerce peut appartenir en propre à l'un des époux. C'est en vertu des règles principales suivantes qu'un fonds peut revêtir le caractère de bien propre.

1° La loi indique elle-même une exception au principe suivant lequel tous les meubles donnés ou légués pendant le mariage tombent en communauté. En effet, aux termes de l'article 1401, 1° *in fine*, le testateur ou donateur de biens mobiliers peut stipuler que les biens faisant l'objet de la libéralité resteront propres à l'époux gratifié. Puisque le fonds de commerce a le caractère d'un bien mobilier, il n'y a pas de doute que cette exception s'applique aussi à une libéralité qui porterait sur un établissement commercial.

2° Un fonds de commerce qui serait une partie intégrante, mais accessoire d'un immeuble appartenant à l'un des époux, revêtirait comme cet immeuble le caractere de bien propre [3]). Toutefois pour que cet effet se produise, il est absolument nécessaire que l'établissement commercial n'ait qu'une importance secondaire par rapport à l'immeuble. Dans le cas contraire, ce serait le résultat inverse que l'on obtiendrait et l'immeuble accessoire serait englobé dans l'universalité du fonds de commerce [4]).

3° Si un fonds de commerce est acquis durant la communauté à titre d'échange contre un immeuble ou un autre fonds appartenant à l'un des époux, il aura le caractère de bien propre. Ce principe qui est le corol-

3) Vignancour, op. cit., p. 13; Dalloz, suppl. du rép. V° Contrat de mariage, N° 197.

4) Cendrier, op. cit., p. 68; Montpellier, 25 novembre 1897 (sous Civ. 15 mai 1899, D. 1899. 1. 353), qui avait posé le principe « que les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties, lorsqu'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière, et qu'il en est ainsi notamment des immeubles compris dans un fonds de commerce ».

Voir aussi Pau, 6 novembre 1911, D. 1912. 2. 375.

laire de l'immutabilité des conventions matrimoniales et de la règle de la subrogation réelle [5]), a été consacré formellement par l'article 1407 du code civil. Il est vrai que ce texte ne vise que les immeubles, mais il ne faut pas oublier qu'au moment de la rédaction du code en 1804, les biens mobiliers n'avaient pas encore le développement qu'ils ont pris à la fin du 19e et surtout au 20e siècle. On ne contrevient pas à l'esprit du législateur, en étendant la règle de l'article 1407 du code civil à l'échange d'un immeuble propre contre un fonds de commerce [6]).

4° La grande majorité des auteurs admettent que par l'emploi ou le remploi, un époux peut faire l'acquisition d'un bien mobilier [7]), et par conséquent d'un établissement commercial. Il importe cependant que les conditions et formalités des articles 1433 et 1434 du code civil soient remplies, sous peine de voir tomber le fonds dans la communauté [8]).

Il résulte de ce qui précède que même sous la communauté légale — à un degré moindre, il est vrai, que sous la communauté d'aquêts — la clause commerciale peut porter sur un fonds appartenant en propre à l'un des conjoints. L'étude de cette clause présente donc un intérêt pour tout régime de communauté. Aussi allons-nous lui consacrer quelques développements, en examinant successivement sa nature juridique, ses effets et les principaux moyens pour en éviter la nullité dans le cas où la Cour régulatrice se prononcerait dans le sens de la jurisprudence inaugurée en 1921 par plusieurs cours d'appel.

5) Planiol et Ripert, op. cit., t. III, par Picard, N° 26 s.

6) Cendrier, op. cit., p. 466, N° 645—1; Dalloz, Nouv. code civil annoté, art. 1407, N° 19 s.

7) Planiol, Ripert et Nast, op. cit., t. VIII, N° 186-4, N° 503; Cendrier, op. cit., N° 647; Dalloz, Répert. prat., V° Communauté entre époux, N° 461.

8) Voir une intéressante application dans l'arrêt de la Cour de Paris du 18 janvier 1927, précité ; examen doctrinal de M. Nast, Revue critique de lég. et de jur., 1929, p. 390.

Section I

Nature juridique et validité de la clause

La qualification juridique de la clause ne soulève point de difficultés dans le cas où elle confère au survivant le droit de prélever le fonds à titre gratuit. Toute la doctrine [9]), ainsi que la jurisprudence [10]) sont d'accord pour voir alors dans la clause de conservation une institution contractuelle, valable d'après la loi (art. 1082, 1091, c. civ.). Si l'attribution du fonds n'est pas entièrement gratuite ou qu'elle est même à titre onéreux sauf un élément, tel que la clientèle par exemple, on considère que même alors le caractère de libéralité l'emporte et que l'on est en présence d'une institution contractuelle avec charge.

Là où les opinions se divisent et où les controverses surgissent, c'est lorsque le bénéficiaire de la clause de prélèvement est obligé de verser à la succession du prémourant, propriétaire du fonds, la valeur exacte du bien prélevé. Pour l'interprétation de cette clause, la doctrine se divise en deux camps dont l'un a comme chef l'éminent professeur M. Henri Capitant qui continue à soutenir la jurisprudence qu'il a su déclencher par sa consultation donnée dans l'affaire Montloin en 1921 [11]) et dont l'autre comprend des juristes non moins sa-

9) H. Capitant, Rev. crit. de lég. et de jur., 1927, N° 34; note sous Seine, 24 décembre 1928, D. 1929. 2. 105; article de M. Nast, D. H. 1929, chronique, p. 37; note de M. Gény sous Seine, 4 juillet 1924, S. 1928. 2. 33; Gény, « Pour la validité juridique de la clause du contrat de mariage permettant au survivant des époux la conservation du fonds de commerce resté propre à l'époux prédécédé », dans la Semaine juridique des 7 et 14 juin 1928.

10) Trib. civ. Seine (2e ch.), 4 juillet 1924, Gaz. Pal. 1924. 2. 652, S. 1928. 2. 33, D. H. 1924. 611.

11) Dans le même sens : Vialleton, note au Rec. de Sirey, 1926. 1. 169; Henri Moreau, De la clause de conservation des fonds de commerce.

vants [12]) qui combattent avec ardeur les décisions judiciaires annulant la clause litigieuse. Pour mettre de la clarté dans la discussion et dans l'exposé, nous commencerons par étudier la théorie tendant à l'annulation de la clause et nous passerons ensuite à celle qui en proclame la validité.

§ 1. — Système de la nullité

M. Capitant examine en tout premier lieu la question de savoir, si la clause commerciale portant sur un fonds propre constitue un acte à titre gratuit ou à titre onéreux [13]). Il estime avec raison que, puisque le bénéficiaire de la clause est obligé de verser à la succession du prémourant la valeur du fonds, fixée par dires d'experts, la stipulation qui nous intéresse ne réunit pas les caractères indispensables pour être rangée parmi les libéralités et fait partie des actes à titre onéreux. Dans cette dernière catégorie, la clause est à classer comme promesse de vente conditionnelle. Elle présente en effet toutes les données pour constituer une promesse de

12) Nast, Rev. crit. de lég. et de jur., 1924, p. 534 et 1925, p. 256; « De la clause dite de conservation du fonds de commerce », Rép. gén. du Notariat, 28 février 1929, art. 21.939 ; « Validité de la clause de conservation d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole propre à l'un des époux », D. H. 1929, chronique, p. 37; Gény, dans ses études précitées et sa note sous Paris, 5 décembre 1929, S. 1930. 2. 57; Savatier, « Des clauses du contrat de mariage permettant au conjoint survivant de conserver un fonds de commerce ou un train de culture propre au prédécédé », Rép. gén. du Notariat, 15 avril 1929, art. 21.997; Defrénois, « Contrat de mariage, clause de conservation du fonds de commerce, Répert, gén. prat. du Notariat, 15 juillet 1921, N° 19.795; Fauvel, Journal des Notaires et des avocats, 20 octobre 1922, N° 33.254; Besnard, Revue du Notariat et de l'Enregistrement, 1923, art. 19.629; Van den Boosche, « De la disposition par laquelle l'époux prémourant permet au survivant de reprendre sur pièce contradictoire tout ou partie des biens de sa succession, Flandre judiciaire, 1902, p. 465 s.; Vignancour, op. cit.; Béhin, op. cit.; Basset, op. cit. — Trib. civ. Seine (2e ch.), 4 juillet 1924, Gaz. Pal. 1924. 2. 652; Trib. civ. Clermont-Ferrand, 17 mars 1922; Riom, 14 mai 1923, non publiés.

13) H. Capitant, Rev. crit. de lég. et de jur., 1927 N° 36.

vente, puisque le promettant s'engage irrévocablement à vendre, que le bénéficiaire est libre d'acheter, mais que s'il exerce le droit d'option, il est tenu de payer le prix et qu'enfin il n'y a pas transfert actuel de la propriété du fonds. La promesse de vente présente dans notre hypothèse un caractère spécial, étant donné qu'elle est subordonnée à la condition de survie du conjoint, ce qui ne change cependant pas le caractère juridique de cette stipulation.

Cette analyse de la clause fut donnée aussi par diverses décisions judiciaires [14]) et fut reconnue comme exacte par ceux même qui, comme MM. Gény et Nast, soutiennent la validité de la stipulation. Mais là où M. Capitant n'est plus suivi par ces derniers auteurs, c'est lorsqu'il cherche à démontrer que cette promesse de vente conditionnelle constitue un pacte sur succession future.

Pour arriver à cette dernière conclusion, l'éminent juriste fait une argumentation qui, à première vue, peut sembler irréfutable, étant donné surtout qu'elle s'appuie sur des textes légaux. La promesse de vente dont nous nous occupons, aurait pour objet un bien d'une succession future et constituerait donc une convention relative à une succession non ouverte. Or, de pareils pactes tomberaient sous le coup de la prohibition formelle des articles 791, 1130 et 1600 du code civil et seraient donc frappés d'une nullité absolue.

Cette théorie que M. Capitant a soutenue dans une consultation qu'il a été appelé à donner en 1921 pour

14) Jurisprudence française et belge: Douai, 2 février 1850, D. 1851. 2. 133; Gand, 11 juillet 1883, Pas. 1883. 2. 362; Trib. civ. Bruges, 29 juillet 1895, Pas. 1896. 3. 21; Trib. civ. Anvers, 8 juillet 1898, Pas. 1898. 3. 325; Cass. belg. 7 juin 1906, Pas. 1906. 1. 293; Trib. civ. Coulommiers, 8 mai 1903, S. 1906. 2. 23; Trib. civ. Seine, 14 mai 1906, S. 1909. 2. 262; trib. civ. Rouen, 5 avril 1921 et Cour Rouen, 15 décembre 1922, D. 1923. 2. 1; Amiens, 27 juin 1928, D. 1929. 2. 53; Trib. civ. Seine, 24 décembre 1928, S. 1929. 2. 71, D. 1929. 2 .105 avec note de H. Capitant, Gaz. Pal. 1929. 1. 361.

un litige dont était saisi le tribunal civil de Rouen [15]), a été adoptée par cette juridiction, ainsi que par la Cour de Rouen [16]) devant laquelle l'appel fut porté. L'arrêt, confirmatif du jugement, admet la nullité de la clause commerciale, en s'exprimant comme suit: «Attendu que les premiers juges ont exactement qualifié et apprécié la stipulation en litige en disant qu'en tant qu'elle porte sur un fonds de commerce propre à l'un des époux, ce qui est le cas dans l'espèce, elle constitue une promesse de vente d'un bien qui se trouverait dans la succession du prédécédé.....; qu'elle constitue une stipulation sur une succession non ouverte, interdite par les dispositions de l'article 1130 du code civil...; que, par l'effet de la promesse unilatérale de Montloin, la vente n'était pas réalisée; que le fonds de commerce n'était pas distrait de son patrimoine avant son décès et qu'il n'en devait sortir que par l'effet et au moment de l'option pratiquée par la veuve; que, par la promesse consentie à sa femme, Montloin obligeait sa propre succession à vendre à sa veuve le fonds de commerce dépendant de l'actif successoral qu'il laisserait; qu'il avait ainsi stipulé sur un bien de sa succession, ce qui donne à sa promesse le caractère illicite que le tribunal lui a justement reconnu.»

Cette jurisprudence, inaugurée en 1921, a été suivie depuis par d'autres juridictions [17]). Le raisonnement établissant la nullité est simple et présente les apparences d'une solidité inébranlable, mais, ainsi que nous le verrons plus loin [18]) les légitimes critiques qui lui ont été adressées, en ont diminué la valeur d'une façon considérable.

En dehors de l'argument tiré de la prohibition des pactes sur succession future, les partisans de la nullité

15) et 16) Trib. civ. Rouen, 5 avril 1921 et Cour Rouen 15 décembre 1922, précités.

17) Amiens, 27 juin 1928, précité; Trib. civ. Seine (1e ch.), 24 décembre 1928, précité; *contra:* Trib. civ. Seine (2e ch.), 4 juillet 1924, précité.

18) Cf. *infra*, § 2, III.

de la clause ont présenté encore deux autres arguments en faveur de leur système. Le premier consiste à déduire de l'article 1389 du code civil que la clause, en permettant la substitution de la valeur en deniers à un bien en nature, contreviendrait au principe suivant lequel les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation ayant pour but « de changer l'ordre légal des successions ». Cette idée qui est contenue dans l'arrêt précité de la Cour de Rouen [19]), ainsi que dans le jugement du 24 décembre 1928 de la 1re chambre du tribunal civil de la Seine, ne nous semble pas être une conclusion exacte de la prohibition de l'article 1389 du code civil. Ce texte ne vise que « l'ordre légal », c'est-à-dire la dévolution héréditaire par rapport aux personnes et non la composition de la masse de biens à partager. Rien n'autorise une interprétation aussi extensive qui est contraire aux termes et à l'esprit de la loi.

La 2e chambre du tribunal civil de la Seine [20]) a réfuté l'argument par les attendus suivants: « Attendu que la dame Vigin ne peut davantage soutenir que la clause litigieuse entraîne un changement dans l'ordre légal des successions; que l'article 1389 qui, dans le but d'éviter le rétablissement de fait des règles propres aux successions nobiliaires, avait prohibé toute convention ou renonciation relative aux diverses vocations héréditaires, ne saurait recevoir ici son application ; qu'il est de toute évidence que le seul effet de la clause est de substituer dans le patrimoine du prémourant des époux la valeur du fonds au fonds lui-même; qu'elle ne modifie pas l'ordre de la succession, puisque les personnes à qui elle est déférée, sont toujours les mêmes et sont appelées dans le même ordre..... » L'argumentation du

19) « .....qu'ainsi elle contrevient à l'ordre légal des successions en substituant au droit en nature des héritiers réservataires du *de cujus* sur le fonds de commerce qui en fait l'objet, la valeur en argent de ce fonds..... »

20) Trib. civ. Seine 4, juillet 1924, S. 1928. 2. 33 avec note de M. Gény.

tribunal de la Seine fait bien ressortir l'inanité de la déduction tirée de l'article 1389 du code civil [21]).

Les partisans de la nullité de la clause voient enfin dans la stipulation litigieuse, lorsque la valeur du fonds dépasse la quotité disponible, une atteinte au principe que les héritiers réservataires peuvent exiger leur part en nature [22]). Certains auteurs [23]) y répondent que le fonds de commerce étant impartageable, finirait quand même par être vendu aux enchères, mais que la clause commerciale éviterait justement toutes ces difficultés par l'attribution du fonds au conjoint survivant, en donnant toutes les garanties d'une évaluation impartiale par dire d'experts. Cette argumentation ne présente pas une grande valeur, parce qu'elle n'est pas applicable au cas où l'époux prémourant ne laisserait qu'un seul héritier réservataire.

Par contre, l'objection que la clause contreviendrait aux articles 826 et 832 du code civil peut être réfutée par un autre raisonnement [24]). Nous avons analysé la clause comme étant une promesse de vente, c'est-à-dire un acte à titre onéreux. Or, la liberté de disposer à titre onéreux n'a jamais été restreinte par la loi et elle n'est notamment pas limitée par une règle sur la composition du patrimoine de la succession. Tout ce que le législateur a voulu éviter, c'est qu'une personne ne dispose de sa fortune à titre gratuit au détriment de ses héritiers réservataires, mais il n'a pas pu avoir l'intention d'interdire à une personne de contracter valablement à titre onéreux. La clause commerciale, en imposant au bénéficiaire l'obligation de verser l'exacte valeur du fonds qu'il acquiert, ne saurait être soumise à une règle concernant les donations. Les héritiers réservataires sont

21) Dans le même sens: Béhin, op. cit., N° 122; Basset, op. cit., N° 160.

22) Capitant, note D. 1923. 2. 1, II.

23) Amiaud, Journal du Notariat, 1921, N° 9, p. 136; Basset, op. cit., N° 161, *in fine*.

24) Nast, Rev. crit., 1924, N° 11; voir aussi note de M. Gény, S. 1928. 3. 37, § 3.

les ayants cause du promettant et, en cette qualité, ils sont obligés comme celui-ci lui-même; ils seraient donc mal venus à vouloir attaquer un acte à titre onéreux passé en due forme, alors qu'aucun texte légal ne leur donne une pareille action contre cette catégorie d'actes.

§ 2. — Systèmes de la validité

La clause commerciale telle qu'elle s'était présentée dans l'affaire Montloin en 1921, existait depuis longtemps dans un grand nombre de contrats de mariage ; elle est même devenue — ainsi que le relève le jugement du tribunal civil de la Seine [25]) — une clause de style. Sa validité n'avait jamais été mise en doute et il en fut tenu compte dans toutes les liquidations de succession homologuées par les tribunaux. Le caractère d'ordre public de la nullité, à supposer que la clause constitue un pacte sur succession future, remettrait en question des liquidations closes depuis longtemps, donnerait lieu à un grand nombre de procès et jetterait le trouble dans les familles. Aussi la réaction contre la thèse de M. Capitant s'est-elle fait jour immédiatement et diverses théories ont-elles été présentées en faveur de la validité de la clause. Elles peuvent être groupées en trois catégories, selon qu'elles analysent la stipulation litigieuse en une convention de mariage, une donation avec charge, ou une promesse de vente valable.

I. — *La clause constitue une convention de mariage*

Cette thèse est soutenue par M. Vignancour [26]) qui part du principe qu'aux termes de l'article 1387 du code civil, les futurs époux sont libres d'insérer dans leur contrat de mariage telle stipulation qui leur plaît. Comme aucun texte ne contient une interdiction pour

25) Trib. civ. Seine (2e ch.), 4 juillet 1924, précité.
26) Vignancour, op. cit., chap. IX, § 3.

eux de convenir que le survivant pourra prélever, à la dissolution du mariage, un bien appartenant à son conjoint, il en conclut « que la faculté de prélever le fonds propre, attribuée à l'époux survivant, doit être déclarée valable comme constituant une convention de mariage. »

Il est certain que le fait d'être insérée dans un contrat de mariage donne à la clause un élément favorable à sa validité [27]), puisque des dispositions habituellement prohibées sont valables, lorsqu'elles sont stipulées dans le contrat de mariage (art. 1082, 1083 et 1093 c. civ.). Mais il ne faut pas oublier que l'article 1389 du code civil reproduit pour les conventions matrimoniales le principe posé par l'article 1130, de sorte que l'on se trouve devant l'alternative suivante: ou bien la clause est un acte à titre onéreux et alors, si elle est valable, c'est parce qu'elle ne constitue pas un pacte sur succession future, ou bien elle revêt le caractère d'une institution contractuelle et dans ce cas, sa validité découle des textes précis de la loi. Soutenir que la stipulation est une convention de mariage ne fonde donc pas en soi-même sa validité, d'autant plus que les articles 1515 à 1525 du code civil autorisant le prélèvement à titre de préciput et le partage inégal, ne visent que les biens communs [28]).

II. — *La clause constitue une institution contractuelle avec charge*

Les défenseurs de cette théorie ont présenté un certain nombre d'arguments que nous pouvons classer en deux groupes, les uns constituant la partie destructive,

27) Note de M. Gény sous Paris, 5 décembre 1929, S. 1930. 2. 58, col. 1.

28) H. Capitant, Rev. crit., op. cit., N° 40; note D. 1923. 2. 1; voir ce que nous avons exposé plus haut pour le cas de prélèvement d'un préciput par la femme renonçante, *supra*, chap. II, 1re section, § 1.

les autres la partie constructive. Les premiers tendent à prouver que la clause commerciale ne peut être qualifiée juridiquement de promesse de vente, les seconds sont destinés à établir qu'elle réunit les conditions d'une libéralité avec charge.

A. — Tout d'abord ces auteurs font valoir un certain nombre d'objections contre la théorie qui voit dans la clause une promesse de vente, objections qui ne résistent cependant pas à un examen attentif.

1° La promesse de vente obligerait le promettant d'une façon irrévocable, de sorte que celui-ci ne pourrait plus disposer librement de son fonds de commerce [29]). Si néanmoins il vendait l'établissement commercial ayant fait l'objet de la promesse de vente, ses héritiers seraient exposés de la part du bénéficiaire de la clause à une action en dommages-intérêts. Comme telle n'a pas pu être l'intention des contractants, ces auteurs en concluent que la qualification de promesse de vente serait contraire à la volonté des parties. M. Vignancour écrit à ce sujet : « Cette constatation suffit pour démontrer que, jamais, l'idée d'une promesse de vente n'a pu venir à l'esprit de l'époux qui, propriétaire d'un fonds de commerce, donne, par contrat, à son conjoint s'il survit, la faculté de conserver ce fonds. Cet époux entend garder intact son droit de disposition; il n'entend pas se lier pendant le mariage et c'est lui attribuer une intention qu'il n'a jamais eue, que de raisonner sur l'hypothèse d'une promesse de vente, alors qu'un tel engagement est manifestement contraire à ses intérêts et à sa volonté. »

Nous répondons à cette objection qu'en effet, l'époux propriétaire au fonds n'a jamais eu l'intention d'abandonner son droit de disposition sur l'établissement commercial, qu'au contraire il se l'est même réservé expressément, puisque la clause contient la stipulation précise que le prélèvement aura lieu « si à la dis-

29) Vignancour, op. cit., chap. IX, § 2; Basset, op. cit., N° 164.

solution il existe un fonds de commerce ». Nous sommes donc en présence d'une promesse de vente subordonnée à la condition qu'un établissement commercial se trouve dans la succession du disposant. Or, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'une promesse de vente peut être affectée d'une condition [30]).

2° La réfutation de la première objection sert de base aux défenseurs de la théorie que nous combattons pour présenter une deuxième objection. Ils interprètent en effet la condition dont nous venons de parler et à laquelle est subordonnée la promesse de vente, comme une condition potestative entraînant la nullité de la stipulation en vertu de l'article 1174 du code civil [31]). Mais ce texte ne vise que la condition *purement* potestative ou condition *si voluero ;* or, la condition dont il est question dans notre cas est *simplement* potestative, car sa réalisation ne dépend pas d'un pur caprice du disposant [32]). Comme telle, elle est valable [33]).

3° Il existe enfin un dernier argument contre la théorie de la promesse de vente qui est qualifié par M. Béhin [34]) comme « à peu près irréfutable ». La clause commerciale serait nulle comme constituant une vente entre époux (art. 1595 c. civ.) [35]). Pour repousser avec succès cette opinion, il ne suffirait pas d'invoquer que la vente ne devient parfaite qu'après le décès de l'un des époux et qu'à ce moment il ne s'agirait alors plus de contrat entre conjoints, puisque les conditions de capacité seraient les mêmes pour la promesse de vente que pour la vente elle-même. Mais il existe un argument beaucoup plus simple pour réfuter cette troi-

30) Planiol et Ripert, op. cit., t. VI, par Esmein, N° 153, p. 202.

31) Béhin, op. cit., N° 129; Basset, op. cit., N° 164.

32) Gény, note sous Paris, 5 déc. 1929, S. 1930. 2. 59, col. 2, avec références.

33) Dalloz, Répert. Prat., V° Obligations, N° 93 s.; Code civ. annoté, V° art. 1174, N° 3 s.

34) Béhin, op. cit., N° 130, p. 149.

35) Basset, op. cit., N° 164.

sième objection et qui consiste à dire que les contractants, au moment de la conclusion de leur contrat de mariage, contenant la clause commerciale, ne sont que de « futurs époux », puisque la célébration du mariage n'a pas encore eu lieu.

Les objections qui sont invoquées contre la théorie de la promesse de vente peuvent donc être considérées comme inopérantes; il nous reste à examiner maintenant les raisons que l'on fait valoir pour qualifier la clause de donation de biens à venir avec charge.

B. — Il est indiscutable que si la stipulation en litige s'analysait juridiquement en une institution contractuelle, sa validité ne saurait plus être mise en doute, puisqu'elle découlerait de l'article 1091 du code civil. Aussi une partie de la doctrine [36]) a-t-elle présenté un certain nombre d'arguments en faveur de cette théorie.

1° Il a été soutenu [37]) que, malgré l'obligation pour le bénéficiaire de la clause de verser à la succession de l'époux propriétaire du fonds, la valeur intégrale de l'établissement commercial, il en retirerait un avantage tel que le prélèvement du fonds constituerait cependant une libéralité. M. Vignancour écrit à ce sujet que « l'avantage de posséder un bien ne se mesure pas à sa seule valeur vénale et entre des biens de valeur égale, il peut y avoir grand avantage à posséder l'un plutôt que l'autre ». Sans discuter l'exactitude de cette proposition, il faut cependant relever que cette remarque est vraie aussi pour les actes à titre onéreux. Il est indéniable que l'acheteur, en faisant l'acquisition d'un objet moyennant paiement d'un prix, obtient un avantage qui peut même être hors de proportion avec la

36) Nast, Revue crit. de législ. et de jurid. 1924, p. 538, (voir un peu plus loin les motifs qui ont déterminé cet éminent juriste à se rallier à une autre théorie); Tissier, note S. 1906. 4. 33; Van den Boosche, la Flandre judiciaire, 1902, p. 465 s.; Béhin, op. cit., p. 154 s.; Vignancour, op. cit., p. 93 s.; Basset, op. cit., N° 165 s.

37) Béhin, op. cit., p. 93 s.

contrevaleur; s'il n'apercevait pas cet avantage, il y a des chances qu'il ne contracterait même pas.

La donation suppose un appauvrissement gratuit de la part du donateur et un enrichissement gratuit de la part du donataire [38]). Celui-ci, il est vrai, peut se voir imposé une charge au profit du disposant, mais dans cette mesure l'acte cesse d'avoir le caractère gratuit, pour devenir un contrat mixte qui cependant est en général traité comme une donation [39]). Toutefois lorsque la charge représente la valeur totale du bien transféré, l'acte sort entièrement de la catégorie des libéralités [40]). La donation garde néanmoins son caractère d'acte à titre gratuit, lorsque la charge même équivalente au bien donné, a été imposée au profit de tierces personnes [41]) ; mais les héritiers du disposant, c'est-à-dire ses ayants cause ne sauraient être considérés comme des tiers [42]). Il y a lieu de signaler cependant un arrêt fort intéressant de la Cour de Douai du 18 mai 1905 [43]) qui reconnaît le caractère à titre gratuit à un acte de disposition dans lequel la charge est imposée dans l'intérêt des héritiers du donateur.

2° MM. Van den Boosche et Machereau, dans leurs études précitées, ont soutenu que l'objet de la donation serait le droit d'option lui-même. Cet argument subtil n'est cependant pas décisif, car s'il était exact, toute promesse de vente revêtirait le caractère d'une libéralité avec charge.

3° L'acte resterait, selon M. Béhin [44]), donation « tant que la considération de la personne avec qui l'on

38) Planiol, op. cit., III, N° 2504.

39) Planiol, op. cit., III, N° 3009.

40) Caen, 21 avril 1841, D. 1841. 2. 229, S. 1841. 2. 433; Douai, 2 févr. 1850, D. 1851. 2. 133, S. 1851. 2. 182; Req. 21 déc. 1887, D. 1888. 1. 256, S. 1888. 1. 412.

41) Planiol, note D. 1891. 2. 113.

42) Capitant, Rev. crit., 1927, N° 36.

43) D. 1906. 2. 161 avec note de M. Planiol.

44) Béhin, op. cit., p. 161, N° 139.

contracte demeure la cause première de l'opération ». Cet auteur introduit un élément dans l'acte de donation que celui-ci ne comprend pas nécessairement. On peut très bien imaginer qu'un vendeur, en présence de deux amateurs, se décide à contracter plutôt avec l'un qu'avec l'autre pour de pures considérations de personne; ou bien encore il est possible que le propriétaire d'une chose dont un tiers désire faire l'acquisition, vende ce bien à ce dernier par des considérations de personne et bien qu'il n'eût pas eu le désir de s'en dessaisir. Personne ne contesterait cependant que nous sommes en présence d'actes à titre onéreux.

4° L'intention des parties, à laquelle il faut toujours se reporter pour interpréter les conventions (art. 1156 c. civ.), a fourni aussi un argument aux partisans de la théorie de la donation [45]). Ils exposent que l'époux propriétaire du fonds, en stipulant la clause commerciale, avait l'intention d'avantager son conjoint. M. Capitant [46]) y répond que « ce serait dénaturer la clause, en méconnaître les termes, prêter au promettant une intention qu'il n'a jamais eue, que de transformer son engagement en une donation ». Nous pensons que ce savant auteur va un peu loin, en repoussant ainsi cette interprétation de la volonté des parties, car, à notre avis, c'est davantage « dénaturer la clause, en méconnaître les termes, prêter au promettant une intention qu'il n'a jamais eue » que d'annuler purement et simplement la clause litigieuse.

5° En faveur de la thèse de la donation avec charge, M. Nast [47]) tient le raisonnement suivant qui a été désigné par M. Capitant [48]) « la meilleure argumentation qui ait été jusqu'ici présentée pour soutenir que la clause est une libéralité ». On ne saurait contester la validité

45) Béhin, op. cit., p. 159, N° 138; Basset, op. cit., N° 166.

46) Capitant, note D. 1923. 2. 1.

47) Nast, Rev. crit., 1924, p. 538; Voir aussi Labbé, note sous Civ. 5 juillet 1886, S. 1890. 1. 241.

48) Capitant, Rev. crit., 1927, p. 63.

d'un legs à titre particulier fait avec la charge que le légataire versera à la succession du testateur la valeur du bien légué (legs dit de la faculté d'achat). Or, cette opération est absolument la même — sous réserve de son caractère révocable — que celle qui fait l'objet de la clause commerciale insérée dans le contrat de mariage et qui constitue donc une libéralité avec charge. Il n'y a aucune raison pour prohiber un acte, quand il revêt la forme d'une institution contractuelle permise et pour le valider quand il est fait par testament.

M. Capitant admet la validité de la stipulation contenue dans un testament, par laquelle le testateur impose à ses héritiers l'obligation de vendre un de ses biens pour un prix fixé à un tiers, si celui-ci désire l'acheter. Mais ce savant auteur conteste à cette disposition le caractère de legs et au tiers, le caractère d'acquéreur à titre gratuit. Il l'analyse comme une promesse de vente valablement imposée par un testateur à ses héritiers. A cette objection, on peut répondre que l'avantage que retire le bénéficiaire de cette disposition c'est de pouvoir exiger la remise en nature du bien légué. Le bénéficiaire n'aurait que l'action en délivrance du legs pour entrer en possession du bien, ce qui montre bien que sa qualité est celle d'un légataire à titre particulier.

En résumé, nous pouvons dire que la théorie de la donation de biens à venir avec charge peut se soutenir, mais elle n'est pas sans inconvénients. La nullité de la clause peut être demandée par les héritiers réservataires, si leur auteur a disposé à titre gratuit au delà de la quotité disponible, puisqu'ils ont droit à leur réserve en nature (826, 832 c. civ.) [49]). Etant interprétée

49) Basset, op. cit., N° 168; Béhin, op. cit., N° 147. — En Alsace et en Lorraine, la réduction de la donation ou son annulation ne peut pas être requise par les héritiers réservataires, car l'art. 73 de la loi d'introduction des lois civiles du 1er juin 1924 a déclaré apporter une dérogation à l'art. 866 du code civil dans l'hypothèse où le don a pour objet une exploitation agricole, industrielle ou commerciale unique. Voir Planiol et Ripert, op. cit., t. IV, par J. Maury et H. Vialleton, N° 619.

comme donation, la clause peut être révoquée pour ingratitude dans les conditions de l'article 955 du code civil et elle tombe de plein droit dans l'hypothèse prévue par l'article 299 du code civil. Pour toutes ces raisons et aussi pour celle qu'il y a quelque *inelegantia juris* à parler de libéralité, lorsque la valeur intégrale du fonds est versée, M. Nast [50]) qui était l'un des défenseurs de la théorie de l'institution contractuelle, s'est rallié à un autre système que nous allons examiner maintenant et qui paraît être le meilleur.

III. — *La clause constitue une promesse de vente valable*

Nous avons montré plus haut [51]) que la clause de prélèvement d'un fonds de commerce propre à l'un des époux au profit de son conjoint moyennant paiement de la valeur intégrale du bien, est à analyser juridiquement comme un acte à titre onéreux et plus spécialement comme une promesse de vente. Nous avons réfuté non seulement les objections de ceux qui voulaient interpréter cette stipulation comme une libéralité [52]), mais nous avons repoussé aussi les arguments de ceux, qui, tout en admettant le caractère à titre onéreux de la clause, voulaient la frapper de nullité [53]). Il n'y a qu'une objection que nous nous sommes réservé d'examiner, c'est celle qui veut classer la clause parmi les pactes sur succession future prohibés.

Nous abordons ici une matière extrêmement délicate qui a fait l'objet de récentes controverses entre d'éminents juristes. Ces discussions ont remis en question des principes que l'on croyait définitivement établis; la circonstance qu'elles ont été possibles, prouve

50) Nast, D.H. 1929, chronique, p. 37 s.
51) Cf. *supra*, § 1.
52) Cf. *supra*, sous II.
53) Cf. *supra*, § 1.

que la rédaction de notre code se prête à des commentaires différents. Les uns y verront un défaut de notre code, les autres y apercevront au contraire un heureux moyen d'interpréter la loi à leur guise. Nous montrerons plus loin qu'actuellement les auteurs ne peuvent pas se mettre d'accord sur le contenu juridique des pactes sur succession future.

Pour permettre une analyse exacte de la clause qui nous intéresse, il faut dès le début nettement séparer la convention unilatérale de promesse de vente qui intervient entre le disposant et le bénéficiaire et la vente éventuelle qui sera conclue entre celui-ci et les héritiers du promettant. Cette dernière convention peut être éliminée immédiatement du terrain de discussion, car elle constitue un acte passé sur une succession échue [54]). Seul l'avant-contrat retiendra donc notre attention.

Cette dernière convention a été avec juste raison analysée par M. Gény [55]) comme un contrat *post mortem* (1122 c. civ.). L'exemple classique des contrats *post mortem* est le pacte par lequel une personne s'engage à payer à une autre une somme d'argent au moment de son décès. Ce type de contrat dont la licéité est reconnue depuis les constitutions de Justinien [56]), se caractérise par ce fait que l'exigibilité du droit né de la convention est reportée au décès du promettant[57]). M. Capitant est d'accord avec cette définition du contrat *post mortem* dont il ne conteste pas la validité, « si le décès du contractant y est envisagé comme un terme retardant simplement l'exécution de la prestation pro-

54) Nast, D. H. chronique 1929. 39; Conclusions de M. l'avocat général J. Dumas, Gaz. Pal. 1930, N° 19-20, 7e objection; Capitant, note D. 1923, 2. 1 qui écrit : « La vente ne se réalise qu'après le décès de l'époux propriétaire du fonds. »

55) Gény, notes S. 1928. 2. 33 et 1930. 2. 59; dissertation dans la Semaine juridique, 1928, p. 697 et 729 s.

56) Girard, Manuel élémentaire de Droit Romain, 7e édit., p. 471.

57) Req. 15 février 1897, Gaz. Pal. 1897. 1. 355 — S. 1898. 1. 86 — D. 1897. 1. 582.

mise » [58]). Mais ce savant auteur soutient que notre clause, en subordonnant le droit d'option du conjoint à sa survie, « en rejette la naissance au jour du décès de l'époux propriétaire de l'établissement ou titulaire des droits sociaux ».

En vérité, comme l'époux propriétaire du fonds a conclu une convention qui est à titre onéreux et qui est à distinguer de la vente à intervenir éventuellement, il s'est forcément obligé lui-même. On arrive à cette conclusion non seulement par application de l'article 1157 du code civil aux termes duquel une convention doit être interprétée dans le sens avec lequel elle peut avoir quelque effet, puisque, avec l'interprétation de M. Capitant, la convention serait nulle comme *stipulatio inutilis* et n'en produirait donc aucun; mais il résulte en plus de la stipulation elle-même que le propriétaire du fonds a entendu se lier et reculer simplement l'exigibilité du droit. M. Gény [59]) dit qu'il « reste certain que l'avant-contrat, la promesse unilatérale de vente a, suivant la formule de la convention et l'intention qu'elle exprime, obligé le promettant avant d'obliger ses héritiers ».

Ce point étant acquis, il reste à examiner, si cette convention *post mortem* constitue un pacte sur succession future. Remarquons immédiatement qu'elle ne contient aucun élément qui puisse justifier qu'elle tombe sous une prohibition aussi brutale. Ce n'est certainement pas la crainte de susciter chez l'époux bénéficiaire un *votum mortis* qui pourrait servir de fondement à la théorie de la nullité, ce dont M. Capitant convient volontiers lui-même. Selon cet auteur, la justification serait à chercher dans le danger qui existe pour l'homme de disposer pendant sa vie par un engagement définitif et irrévocable de tout ou partie des biens qu'il laissera à son décès. En admettant que ce motif soit légi-

58) Capitant, D. 1929. 2. 105.

59) Gény, note S. 1930. 2. 59, col. 1.

time, il ne pourrait cependant pas s'appliquer dans notre espèce pour une double raison : Tout d'abord, il n'a pas empêché le législateur de reconnaître la validité de l'institution contractuelle par contrat de mariage, c'est-à-dire d'une convention produisant le même effet que la nôtre, avec cette circonstance aggravante qu'elle est faite à titre gratuit. Ensuite la stipulation litigieuse ne compromet pas l'avenir, puisqu'il est entendu que la clause ne sortira effet que si l'époux « laisse » un fonds à son décès.

Non seulement nous cherchons vainement dans la clause commerciale un motif qui justifierait de la faire tomber sous la prohibition des pactes sur succession future, mais en plus elle ne présente pas les éléments caractérisant cette dernière catégorie de contrats.

Voici en quels termes le jugement précité du 4 juillet 1924 du tribunal de la Seine a repoussé la théorie consacrée par la Cour de Rouen: « Attendu, en effet, qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence constantes, trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait pacte sur succession future: le pacte doit être fait dans la prévision de l'ouverture d'une succession, c'est-à-dire avoir pour but direct le règlement de cette succession; la chose, objet du pacte, doit se trouver dans cette succession; il faut enfin qu'elle soit considérée comme devant appartenir au promettant à titre successif ;

« Attendu qu'aucune de ces conditions ne se retrouve dans la clause litigieuse ; qu'il n'apparaît nullement en premier lieu que le but direct et principal de la stipulation ait été manifestement de traiter sur la succession non ouverte; qu'il n'est pas possible en second lieu de considérer le fonds de commerce exploité comme faisant partie de la succession ; qu'il résulte en effet du texte même de la clause que le survivant aurait le droit non d'acheter le fonds à la succession, mais de le conserver et que par application de l'article 1179 du

code civil l'exercice du droit consenti à la dame veuve Girardot devait rétroagir au jour du décès; que la troisième condition ne se trouve pas davantage réalisée, le fonds de commerce ne pouvant, en l'espèce, être considéré comme devant appartenir au promettant à titre successif ».

A cette argumentation, notamment au deuxième chef, on peut ajouter que le promettant, en stipulant la clause, a détaché le fonds de commerce de sa succession, ce qu'il a pu faire parfaitement, puisqu'il aurait même pu le vendre définitivement; par la promesse de vente, le propriétaire du fonds est devenu débiteur d'une obligation de faire, dont l'exécution incombera à ses héritiers.

M. Capitant [60]) reproche à la théorie de MM. Gény et Nast de soutenir « que le pacte successoral se caractérise par ce fait qu'il attribue au bénéficiaire un droit successif ». D'après lui, pareille allégation serait exacte pour le pacte à titre gratuit, mais ne le serait pas pour les pactes à titre onéreux. Par une analyse très fine et très poussée du contenu juridique du pacte successoral, M. Gény [61]) vient d'établir que la prohibition des pactes sur succession future atteint seulement « les conventions par lesquelles une personne assume, pour elle et pour ses héritiers, des engagements qui modifient l'économie du régime successoral organisé ou autorisé par la loi, soit en établissant des conditions arbitraires d'ouverture de la succession, ou en déterminant des causes d'incapacité ou d'indignité étrangère à la loi, soit en changeant l'ordre et la hiérarchie des successibles ou faisant échec aux droits des réservataires, soit en altérant les règles de la saisine ou la liberté d'option des successibles, soit encore en imposant certains préceptes de liquidation de nature à rompre l'égalité successorale protégée par la loi, et, par exemple, en imposant à certains

60) Capitant, note D. 1923. 2. 106, col. 1-2.

61) Gény, note S. 1930. 2. 60, § 4.

héritiers, à l'exclusion des autres, la charge d'une obligation dont l'exigibilité se trouvait valablement retardée au décès » [62]).

Cette théorie de M. Gény n'est point contredite par les textes. Le principe qui doit nous guider est en effet toujours celui de la liberté des conventions posé par les articles 6 et 1134 du code civil et répété à propos des conventions matrimoniales par l'article 1389 du même code. La prohibition édictée par les articles 791, 1130, 1389 et 1600 du code civil doit donc être interprétée restrictivement et cela d'autant plus que ces textes ne semblent viser expressément que les stipulations relatives à la succession d'un tiers. Si le législateur avait voulu prohiber les contrats du genre que nous examinons, il l'aurait dit dans des termes aussi catégoriques qu'il l'a fait pour les actes à titre gratuit dans l'article 943 du code civil. Et si dans son esprit, l'interdiction des pactes sur succession future avait dû frapper aussi des actes à titre onéreux de la catégorie que nous étudions, il aurait créé pour ceux qui sont insérés dans le contrat de mariage, un texte analogue à l'article 1091 du code civil.

Cette dernière observation exige que nous soulignons particulièrement le résultat pratique auquel conduirait le système de la nullité de la clause commerciale portant sur un fonds propre avec stipulation du paiement de la valeur intégrale. Si l'époux prémourant avait fait donation pure et simple ou avec charge inférieure à la valeur totale du fonds à son conjoint survivant, la stipulation qui dépouillerait donc les héritiers du disposant sans qu'ils reçoivent une contrevaleur, serait valable [63]). Par contre, si l'époux propriétaire du fonds avait eu la louable intention de faire indemniser ses héritiers de la totalité de la valeur du fonds, la sti-

62) Voir une application intéressante : Civ. 17 juin 1911, S. 1913. 1. 543.

63) Cf. *supra*, 1re section.

pulation que l'on aurait cru *a fortiori* valable, serait frappée d'une nullité absolue. Pourquoi la maxime « Qui peut le plus, peut le moins » ne s'appliquerait-elle pas dans ce cas [64]) ? M. l'avocat général J. Dumas a qualifié avec raison le résultat auquel on aboutit ainsi d' « absurdité juridique » [65]) et il doute « que, présenté sous cet aspect, l'arrêt de la Cour de Rouen eût résisté à la censure de la Cour de Cassation ».

Pour toutes les raisons qui viennent d'être exposées, nous sommes donc d'avis que la clause commerciale doit être validée même dans l'hypothèse où elle porte sur un fonds propre, à charge pour le bénéficiaire de verser la valeur intégrale de l'établissement aux héritiers du prémourant. Cette solution a le grand avantage pratique de permettre au conjoint survivant d'entreprendre ou de continuer l'exploitation d'un fonds de commerce qui a été pendant la communauté la source de tout ou partie des revenus du ménage. Cette interprétation de la clause peut s'étayer aussi, en dehors des décisions déjà citées [66]), sur un arrêt récent de la Cour de Paris qui a admis la validité de la clause des statuts d'une société en nom collectif conférant à l'associé survivant la faculté de racheter, dans des conditions déterminées, la part d'un associé décédé, à ses héritiers ou représentants avec lesquels la société se continuait. Tout en faisant des réserves sur la question de la clause commerciale stipulée dans un contrat de mariage, cette juridiction a émis des considérants qui s'appliquent fort bien à notre hypothèse, notamment ceux-ci: « que la clause de rachat stipulée au profit des associés survivants n'a pas pour objet de leur attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte; qu'elle équivaut à une promesse de vente dont l'effet se produira, s'il y a lieu, après la mort de l'as-

64) Voir une application de cette maxime, Capitant, Rev. crit., 1927, p. 64, N° 37.

65) Gaz. Pal. 1930, N° 19-20, 7e objection de ses conclusions.

66) Cf. *supra*, 1re section.

socié qui l'a consentie; que les droits sociaux qui en sont l'objet n'appartiendront pas éventuellement aux associés survivants à titre successif, mais en vertu d'un contrat à titre onéreux dont les dispositions arrêtées d'un commun accord, demeurent simplement suspendues jusqu'à la réalisation d'un événement incertain [67]).

Nous concluons donc en souhaitant que la Cour suprême, le jour où elle sera appelée à se prononcer sur la validité de la clause commerciale, fasse preuve de ce large esprit d'interprétation dont la jurisprudence française est si fière et qui adapte la loi aux nécessités de la vie.

Section II

Effets de la clause.

Comme pour la clause commerciale portant sur un fonds de commerce commun, nous allons distinguer deux périodes; mais puisqu'il s'agit ici de l'attribution d'un fonds appartenant en propre à l'un des époux et qu'il ne saurait être question pour celui-ci de s'en dessaisir au profit de son conjoint, avant son décès, les deux périodes à envisager ne sont pas séparées par la dissolution de la communauté, mais par la dissolution du mariage pour cause de décès de l'époux propriétaire du fonds.

§ 1. — Au cours du mariage

Pour la clarté de l'exposé, il faut étudier distinctement les effets de la clause, selon qu'elle prévoit l'attribution du fonds de commerce à titre gratuit ou partiellement gratuit ou au contraire moyennant versement de l'intégralité de la valeur.

67) Paris, 5 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 180, S. 1930. 2. 62.

I. — *Prélèvement du fonds à titre gratuit ou partiellement gratuit*

Nous avons vu précédemment [68]) que, lorsqu'elle est gratuite ou partiellement gratuite, la clause constitue de l'avis de tout le monde, une institution contractuelle. Ce sont donc les effets ordinaires de cet acte juridique qui se produisent. L'époux propriétaire du fonds conserve sur le fonds de commerce ses pouvoirs de disposition à titre onéreux : il peut vendre, échanger son établissement commercial, le grever d'un nantissement, l'apporter en société. La loi lui interdit cependant de disposer du fonds à titre gratuit et c'est en ce sens que l'institution contractuelle est irrévocable (art. 1083 c. civ.) [69]).

L'époux institué ne possède aucun droit actuel sur le fonds, car la propriété n'est pas encore transférée. Ce dernier effet a pour corollaire que l'insertion dans le contrat de mariage de la clause de prélèvement n'exige pas la publicité prévue par la loi du 17 mars 1909 pour la cession des fonds de commerce [70]), ni la transcription en vertu des articles 939 et suivants du code civil pour le cas où le fonds comprendrait un immeuble [71]).

II. — *Prélèvement du fonds à charge pour le bénéficiaire de verser l'intégralité de la valeur*

Pour ceux qui, comme M. Capitant, analysent dans ce cas la clause comme un pacte sur succession future, la question des effets de la stipulation ne se pose pas,

68) Cf. *supra*, 1re section.

69) Béhin, op. cit., N° 143; Vignancour, op. cit., chap. IX, § 2 in fine; Planiol, op. cit., t. III, N° 3177. — La donation serait par contre essentiellement révocable, si la clause était stipulée dans un acte postérieur au mariage ou dans un testament (art. 1096 et 895 civ.).

70) Capitant, Rev. crit., 1927, N° 35-1°.

71) Planiol, op. cit., t. III, N° 3176.

puisque la convention est frappée de nullité. Les partisans de la théorie selon laquelle la clause revêt même dans cette hypothèse le caractère d'une donation de biens à venir avec charge, n'ont qu'à renvoyer aux effets indiqués précédemment. Nous n'avons donc à examiner que la situation qui est engendrée par l'interprétation de la clause comme promesse de vente valable.

La promesse de vente ne crée aucun droit réel, mais une simple créance d'une obligation de faire au profit du bénéficiaire [72]). Le promettant peut valablement aliéner l'objet de la promesse, sans que le droit de revendication puisse être exercé à l'encontre de l'acquéreur. En règle générale, le bénéficiaire aurait dans ce cas une action en dommages-intérêts contre son co-contractant qui s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter son engagement. Mais dans notre hypothèse, ainsi que nous l'avons déjà montré plus haut [73]), les parties subordonnent le plus souvent la promesse de vente à la condition que l'époux prémourant « laisse » un fonds de commerce à son décès. Elles ont donc écarté le droit pour le bénéficiaire d'actionner les héritiers de l'époux propriétaire du fonds en dommages-intérêts, si le fonds n'existe plus à la mort du promettant; mais il est évident que les époux peuvent fort bien convenir que le promettant s'engage à ne pas disposer de l'établissement commercial de quelque manière que ce soit [74]).

De toute façon, tant que les liens du mariage ne sont pas dissous par la mort du promettant, il n'y a pas vente et, par conséquent, pas transfert de propriété. Il en résulte que les formalités de publicité de la loi du 17 mars 1909 et celles de la loi du 23 mars 1855 (au cas où un immeuble serait compris dans le fonds), ne sont pas à remplir durant le mariage. Si la condition de sur-

72) Planiol, op. cit., t. II, N° 1403; Planiol et Ripert, op. cit., t. VI, par Esmein, N° 150.

73) Cf. *supra*, 1re section, § 2, II, A., 1).

74) Gény, note S. 1930. 2. 59, § 2, col. 2.

vie du bénéficiaire ne se réalise pas, la promesse de vente devient caduque [75]).

§ 2. — A la dissolution du mariage

Nous allons séparément étudier les effets de la clause, selon qu'elle constitue une institution contractuelle ou une promesse de vente.

I. — *Hypothèse de l'institution contractuelle*

Par suite du prélèvement effectué par l'époux bénéficiaire de la clause, les effets principaux suivants se produisent.

1° Le survivant devient propriétaire du fonds avec effet rétroactif au jour du décès.

2° Il doit acquitter les droits de mutation afférents à la donation de biens à venir.

3° Bien que la pratique notariale soit en sens contraire, il n'a pas à accomplir les formalités de la loi de 1909 et de l'article 939 du code civil qui ne sont exigées que pour les actes translatifs de propriété entre vifs.

4° Si la valeur du fonds de commerce dépasse la quotité disponible entre époux, l'institué est exposé à la demande en réduction, respectivement en annulation de la libéralité de la part des héritiers réservataires [76]).

Signalons, pour terminer avec l'hypothèse de l'institution contractuelle, que l'époux survivant ne pourrait pas exercer le prélèvement du fonds, si la donation avait été révoquée pour ingratitude (art. 955 c. civ.) ou s'il en avait été déchu par application de l'article 299 du code civil.

75) Planiol et Ripert, op. cit., t. VI, par Esmein, N° 153.
76) Capitant, Rev. crit., 1927, N° 35; Béhin, op. cit., N° 149.

II. — *Hypothèse de la promesse de vente*

La vente que les héritiers du prémourant sont obligés de conclure avec l'époux survivant, si celui-ci opte pour l'acquisition du fonds, entraine les principales conséquences que voici:

1° Le transfert de propriété se produit le jour où l'option est levée, sans effet rétroactif [77]).

2° Ce sont des droits de mutation afférents à la vente qui sont à payer.

3° Les formalités de publicité requises par la loi pour les cessions de fonds de commerce et éventuellement pour le transfert de la propriété des immeubles devront être accomplies.

4° S'agissant d'un contrat à titre onéreux, il n'entre pas en ligne de compte pour le calcul de la réserve [78]).

Cette dernière conséquence est particulièrement intéressante, puisque de cette façon l'époux survivant n'a pas à craindre une demande en annulation de la part des héritiers réservataires de son conjoint prédécédé. Elle constitue la principale différence entre le résultat obtenu par l'interprétation de la clause comme institution contractuelle et celui obtenu par la théorie de la promesse de vente. Signalons enfin encore que la révocation pour ingratitude ainsi que la déchéance édictée par l'article 299 du code civil sont écartées, puisqu'il ne s'agit pas d'une libéralité ni d'un avantage.

Section III

Principaux moyens pour se garantir contre la nullité

Nous nous trouvons actuellement dans une période d'incertitude qui se prolongera jusqu'au jour où la Cour suprême se sera prononcée sur la nature juridique

77) Planiol, op. cit., t. II, N° 1405; Vialleton, note S. 1930. 1. 161, col. 1; Planiol et Ripert, op. cit., t. VI, par Esmein, N° 151.

78) Cf. *supra*, 1re section, § 1.

et la validité de la clause de prélèvement d'un fonds de commerce propre avec stipulation de paiement du prix de l'établissement. D'ici là, les commerçants seront souvent amenés à insérer dans leur contrat de mariage une clause, dont le sort est cependant problématique. Aussi est-il recommandable de se garantir contre une nullité éventuelle par l'un des moyens principaux suivants [79]):

I. — *Donation avec charge inférieure à la valeur du fonds*

Ce premier moyen découle de l'état de la jurisprudence inaugurée par le tribunal civil de Rouen et de la thèse de M. Capitant. Rappelons en effet que ceux qui soutiennent la nullité de la clause, lorsque celle-ci impose au bénéficiaire de verser la totalité de la valeur du fonds, reconnaissent cependant la clause comme valable dans le cas où la charge à laquelle le prélèvement est subordonné, reste inférieure à la valeur de l'établissement commercial. De l'avis de tous [80]), la stipulation s'analyse alors comme une donation de biens à venir avec charge.

En conséquence, si le mari ou la femme, propriétaire d'un fonds de commerce, veut assurer à son conjoint la possibilité de continuer l'exploitation de cette entreprise après son décès, il peut — pour se garantir contre l'annulation de la clause — donner à titre gratuit un des éléments du fonds, la clientèle par exemple. Il est évident que si la quotité donnée gratuitement était trop faible pour conférer le caractère d'une libéralité à la stipulation — et cette question est soumise à l'ap-

79) Savatier, « Des clauses du contrat de mariage permettant au conjoint survivant de conserver un fonds de commerce ou un train de culture propre au prédécédé », Rép. gén. du Notariat, 15 avril 1929, art. 21997.

80) Cf. *supra*, 1re section.

préciation souveraine des juges — la clause risque cependant d'être frappée de nullité.

Interprétée comme donation avec charge, elle produit les effets que nous avons signalés dans la section précédente. Elle entraîne par ailleurs cette conséquence qui est peut-être contraire à la volonté de l'époux propriétaire du fonds de faire donation à son conjoint d'une partie de sa fortune et ce au détriment de ses héritiers.

II. — *Stipulation de mise en communauté de tout fonds de commerce propre*

Un jugement du tribunal civil de Lyon du 7 juillet 1922 [81]) a suggéré ce moyen, en déduisant du fait que les futurs époux avaient inséré dans le contrat de mariage la clause commerciale, qu'ils avaient l'intention de faire tomber le fonds de commerce propre du mari dans la communauté. Etant bien commun, l'entreprise commerciale peut faire valablement l'objet d'une clause de prélèvement qui s'analyse alors en une convention de mariage. Cette stipulation de mise en communauté présente un intérêt plus grand pour ceux qui adoptent le régime de la communauté réduite aux acquêts que pour ceux qui choisissent le régime de la communauté légale, puisque dans cette dernière hypothèse les biens existant au jour du mariage tombent de plein droit dans la masse commune. Mais même ceux qui décident de faire régir leurs rapports matrimoniaux par les règles de la communauté légale, peuvent avoir un intérêt à stipuler que tout fonds de commerce tombera en communauté, puisque, par l'échange, l'emploi ou le remploi le patrimoine personnel de l'un ou l'autre des époux peut comprendre un fonds de commerce [82]).

81) Journ. du Notariat, année 1923, p. 507.

82) Cf. *supra*, Introduction du présent chapitre.

Par la stipulation de mise en communauté, le résultat désiré est atteint, si le mariage est dissous par le prédécès de l'époux apporteur du fonds. Dans toute autre hypothèse cependant, l'époux qui était propriétaire du fonds aura subi un préjudice, puisque c'est la communauté qui bénéficierait de la plus-value que l'entreprise aurait acquise durant la communauté. Pour éviter ce résultat, M. Basset [83]) fait remarquer qu'il « faudrait pouvoir stipuler au contrat de mariage que les fonds de commerce propres présents ou à venir des époux resteront propres pendant toute la durée du mariage et tomberont en communauté seulement, si le mariage se dissout par le décès, l'entrée en communauté s'opérant à compter, par exemple, de la veille du décès du prémourant. » Cet auteur est lui-même très sceptique sur la valeur juridique d'une pareille stipulation qui, en faisant varier la composition de la communauté selon l'événement qui met fin au régime communautaire, contreviendrait au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

La solution que présente M. Capitant pour tourner cette difficulté aplanit par contre cet obstacle. Il propose [84]) de faire tomber le fonds dans la masse commune et de faire une distinction, suivant que le régime communautaire se dissout soit par le divorce, la séparation de corps ou de biens ou par le prédécès du conjoint de l'époux apporteur du fonds, soit par le prédécès de l'époux qui a apporté l'établissement commercial. Dans la première hypothèse, la clause devra prévoir la faculté de prélèvement uniquement au profit de l'époux apporteur du fonds, à charge pour lui de verser une indemnité égale à la récompense que lui doit la communauté en raison de l'estimation de l'entreprise. Dans la deuxième hypothèse, la clause devra accorder à l'époux survivant la faculté de prélèvement du fonds, à

83) Basset, op. cit., N° 171.

84) Capitant, Rev. crit., 1927, N° 46, p. 74.

charge d'en payer la valeur estimative au jour de la dissolution de la communauté.

Pareille rédaction de la clause aura l'avantage incontestable de ne pas faire varier la composition du patrimoine de la communauté suivant la cause de la dissolution du régime communautaire. Mais il nous semble que les effets de la clause seront paralysés dans le cas où la communauté prend fin par le divorce ou la séparation de corps prononcé aux torts exclusifs de l'époux apporteur ou aux torts réciproques des deux époux, puisque dans ce cas l'article 299 du code civil s'oppose à ce que l'époux coupable bénéficie d'un avantage quelconque et qui pourrait être dans notre cas, — si la plus-value est importante, — une véritable libéralité.

Malgré cette réserve, la stipulation de mise en communauté de tout fonds de commerce propre présente cependant dans les autres hypothèses suffisamment d'avantages, pour qu'il soit recommandable d'user de ce moyen pour se garantir contre une nullité éventuelle de la clause commerciale portant sur un fonds propre avec charge de payer la valeur intégrale de l'établissement.

III. — Stipulation de la clause commerciale dans les statuts d'une société

Ce dernier moyen que nous signalons est particulièrement intéressant pour les commerçants qui se marient sous le régime de la communauté légale, puisque son emploi n'est pas subordonné à la conclusion d'un contrat de mariage. L'insertion de la clause commerciale portant sur des droits sociaux propres à l'un des époux à charge pour son conjoint survivant de payer aux héritiers du prémourant la valeur des droits prélevés, s'analyse en une stipulation pour autrui dont la vali-

dité résulte de l'article 1121 du code civil et est admise par la jurisprudence [85]).

Dans l'espèce qui était soumise récemment à la Cour d'appel de Paris [86]), la clause de prélèvement était convenue non seulement dans le pacte social, mais aussi dans le contrat de mariage. L'insertion de la stipulation dans ce dernier acte était inutile pour la validité de la clause statutaire, mais dans l'affaire sur laquelle la Cour de Paris avait à se prononcer, cette haute juridiction a interprété la présence de la clause dans le contrat de mariage comme acceptation de celle que comportait les statuts de la société. La ratification de la stipulation pour autrui peut en effet même « être tacite de la part du bénéficiaire et peut être établie à l'aide des faits et documents de la cause par le juge du fait qui a sur ce point un pouvoir souverain d'appréciation » [87]).

L'inconvénient qui pourrait résulter de la révocabilité *ad nutum* de la stipulation pour autrui peut être aplani par la ratification sans retard du bénéficiaire.

Il reste cependant une condition essentielle pour l'emploi de ce procédé, c'est la création d'une société. La forme qui convient le mieux, si on a pour but principal la stipulation de la clause commerciale, c'est sans aucun doute la société à responsabilité limitée, dans laquelle l'époux propriétaire du fonds fera apport de son établissement et où le co-associé remplira le rôle d'un homme de paille avec une part sociale minime.

La conclusion qui se dégage de ce qui précède, c'est que ces trois moyens n'ont que la valeur de remèdes pour éviter d'encourir éventuellement une nullité, mais ils ne sont pas sans inconvénients, ainsi que nous l'avons déjà montré. Le premier oblige l'un des époux à faire une libéralité non réciproque à son conjoint au détriment de ses héritiers, le second enlève à l'époux de

85) Cf. *supra*, chap. I., 2e section, § 1.

86) Paris, 21 février 1930, Gaz. Pal., 1. 740, avec une note.

87) Note sous l'arrêt précité.

son vivant déjà un bien personnel dont la plus-value suivant les événements, ne lui appartiendra peut-être pas, enfin le troisième moyen contraint l'époux propriétaire à faire les frais de la création d'une société et à s'associer avec un tiers.

Ces inconvénients montrent à nouveau le grand intérêt que présenterait pour les commerçants la validation de la clause dont l'importance a été si bien résumée par le tribunal civil de la Seine [88]) dans l'attendu suivant : « qu'elle a en effet une portée considérable au point de vue de l'avenir de la famille, puisqu'elle assure le maintien de la situation des enfants de l'époux survivant, souvent collaborateur du prédécédé dans leur exploitation commerciale ou industrielle, et évite une licitation rarement avantageuse; que les tribunaux en ont maintes fois consacré l'exécution en homologuant des liquidations dans lesquelles même des mineurs étaient intéressés et qui constataient la conservation par le conjoint de l'établissement propre du prédécédé suivant la convention insérée au contrat de mariage. »

---

88) Trib. civ. Seine (2e ch.), 4 juillet 1924, précité.

Conclusion

La jurisprudence, dans sa haute fonction d'adaptation de la loi aux nécessités pratiques, ne peut cependant pas dépasser une certaine limite qui lui est imposée par les textes. Elle peut combler une lacune, elle peut appliquer une disposition légale à un cas que le législateur n'avait pas envisagé au moment de la rédaction de la loi, elle peut interpréter les textes d'après l'esprit du législateur, mais ne saurait en aucun cas contrevenir par ses décisions aux règles édictées dans nos codes. Les tribunaux voient ainsi souvent surgir devant eux un obstacle qui entrave l'accomplissement de leur oeuvre dans le sens qu'ils l'auraient désiré.

Au cours de notre travail, nous avons eu l'occasion de montrer à maintes reprises que dans le domaine qui nous intéresse, l'incapacité de la femme mariée constitue incontestablement un élément qui empêche celle-ci d'avoir l'indépendance souhaitable et conforme à l'esprit du 20e siècle. S'il est exact que la femme mariée, une fois autorisée à faire le commerce, peut contracter librement pour les besoins de son négoce, il n'en est pas moins vrai qu'elle doit obtenir d'abord cette autorisation maritale de choisir la profession commerciale.

Il existe actuellement les plus grosses controverses sur le point de savoir, si l'autorisation du mari peut être suppléée par celle de la justice. A raison du mutisme de la loi, tous les systèmes peuvent se défendre. La jurisprudence, ainsi que nous l'avons constaté [89]), tend à admettre que les tribunaux, à défaut du mari, peuvent autoriser la femme mariée à faire le commerce, tout comme ils l'habilitent en vertu de l'article 219 du code civil à passer un acte isolé, sans que l'on ait à distinguer le cas de refus du mari de l'hypothèse de l'interdiction et de l'absence. Toutefois les tribunaux n'ont, en fait,

89) Cf. *supra*, Ire partie, chap. II, 1re section, § 4.

accordé l'autorisation qu'à des femmes séparées de biens, de sorte qu'une intervention du législateur est très désirable pour mettre fin à ces controverses. Comme selon nous, la nécessité de l'autorisation a son fondement dans l'incapacité de la femme mariée, nous pensons que le législateur devrait édicter que l'habilitation peut être donnée, à défaut du mari, par le juge dans les conditions prévues par l'article 219 du code civil.

Le remède le plus efficace cependant serait la suppression pure et simple de l'incapacité de la femme mariée. Celle-ci subit le sort des mineurs et des interdits et elle est mise par l'article 1124 sur le même plan qu'eux. Depuis la proposition de loi de Beauquier [90]) en 1906 qui avait en vue cette réforme, on n'a pas cessé d'en parler, sans cependant la réaliser. Tout récemment encore, la suppression de cette incapacité avait été à nouveau envisagée, puisqu'en 1924 pour établir l'unité de législation dans les trois départements recouvrés et ceux de l'ancienne France, on aurait pu généraliser le système local qui reconnaissait la pleine capacité civile à la femme mariée. On n'a pas jugé encore le moment venu pour entreprendre cette réforme et l'on a introduit en Alsace et en Lorraine, la règle de l'incapacité de la femme mariée. Nous émettons le voeu que le législateur ne tarde pas trop à supprimer dans notre code une incapacité qui a disparu en Allemagne, en Angleterre, en Suisse et en Italie.

La nécessité pour la femme mariée d'obtenir le consentement du mari pour l'exercice du commerce et le fait que les actes d'une non-commerçante peuvent encourir l'annulation, s'ils n'ont pas été autorisés, jettent un élément d'insécurité dans les rapports des tiers avec la femme mariée. Il est vrai que la jurisprudence se montre large pour admettre l'autorisation tacite du mari, mais comme celle-ci suppose la réunion d'un certain nombre d'éléments de fait, l'incertitude planera toujours. La loi du 1er juin 1924, introduisant les lois com-

90) J. O. 1906, Chambre, Doc. parlem., annexes, N° 479.

merciales françaises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, a remédié à cet inconvénient en disposant (art. 14) que la femme mariée qui exerce le commerce dans ces trois départements est réputée avoir obtenu le consentement de son mari à cet effet. Cette présomption ne tombe, à l'égard des tiers, que si le mari a fait inscrire son opposition à l'exercice du commerce au registre matrimonial. Pareille disposition serait souhaitable pour le reste de la France, car elle encouragerait les tiers à traiter avec une femme mariée. Elle nécessiterait alors l'introduction sur tout le territoire français du registre matrimonial qui rend de grands services comme registre centralisateur de renseignements importants et intéressants à connaître [91]).

Nous avons signalé, au cours de notre travail [92]), une lacune de la loi du 13 juillet 1907 en ce qu'elle ne confère le caractère de biens réservés qu'aux bénéfices réalisés pendant le mariage, alors que l'intérêt pour la femme qui se marie, de faire entrer dans le pécule réservé, les bénéfices acquis antérieurement, est fort appréciable. Nous espérons que sur ce point aussi, le législateur ne tardera pas à intervenir, à l'instar de la loi allemande qui prévoit (§ 1368 B.G.B.) pour la femme la faculté de stipuler dans le contrat de mariage le caractère de bien réservé pour tel bien qu'il lui plaira.

Nous terminons enfin ce travail, en émettant le vœu que si la Cour suprême croyait devoir annuler la clause commerciale contenue dans le contrat de mariage et portant sur un fonds propre à l'un des époux avec charge pour son conjoint survivant de payer l'intégralité de la valeur, le législateur s'empresse d'intervenir pour valider par un texte une stipulation qui, — de l'aveu même des partisans de la nullité sous la loi actuelle, — est digne par ses conséquences et ses effets de retenir l'attention.

---

91) Répertoire Niboyet, sous Registre matrimonial. article de Me Degand.

92) Cf. *supra*, IIe partie, chap. II, 1re section, § 1, I.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES ARRETS ET JUGEMENTS

		Pages
Civ.,	1er mai 1820, Jur. Gén. V. Oblig. No. 4148	24
Req.,	27 mars 1832, S. 1832. 1. 365 .	47
Paris,	7 février 1835, S. 1835. 2. 512 .	24
Paris,	15 février 1838, D. 1838. 2. 125 .	52
Civ.,	16 mars 1840, S. 1841. 1, 352 .	82
Caen,	21 avril 1841, D. 1841, 2. 229, S. 1841. 2. 433	163
Req.,	27 avril 1841, D. 1841. 1. 229 .	47
Metz,	3 juin 1841, S. 1842. 2. 899 .	137, 149
Paris,	24 octobre 1844, S. 1844. 2. 581	46
Douai,	21 novembre 1849, D. 1850. 5. 315	17
Douai,	2 février 1850, D. 1851. 2. 133, S. 1851. 2. 182	154, 163
Civ.,	27 mai 1851, D. 1851. 1. 172 . .	24
Crim.,	9 août 1851, D. 1852. 1. 160, S. 1852. 1. 281	24, 39
Nîmes,	11 août 1851, D. 1854. 5. 57 . .	20
Req.,	19 novembre 1851, D. 1851. 1. 315, S. 1852. 1. 32	94
Seine, trib civ.,	19 juillet 1853, D. 1854. 3. 63 .	133
Lille, trib. civ.,	27 août 1853, D. 1854, 3. 73 . .	133, 139
Req.,	23 janvier 1854, D. 1854. 1. 175	71
Seine, trib. civ.,	14 mars 1855, D. 1855. 5. 184 .	133
Seine, trib. civ.,	17 août 1855, D. 1855. 5. 184 .	133
Poitiers,	26 février 1856, D. 1856. 2. 176, S. 1856. 2. 594	103
Lyon,	15 mars 1856, D. 1856. 2. 201 .	75
Civ.,	7 avril 1856, D. 1856. 1. 207, S. 1856. 1. 538	133, 139
Req.,	5 mai 1857, D. 1857. 1. 303, S. 1859, 1. 490	26
Paris,	3 décembre 1858, S. 1859. 2. 901	50
Nancy,	22 février 1859, D. 1859. 2. 49 .	82
Paris,	9 mars 1859, S. 1859. 2. 502 . .	39
Civ.,	21 mars 1859, S. 1860. 1. 812	133, 139
Req.,	3 août 1859, D. 1859. 1. 419, S. 1859. 1. 801	51
Crim.,	3 août 1859, D. 1859. 1. 419 . .	24
Req.,	9 novembre 1859, S. 1860. 1. 74	50

		Pages
Req.,	7 février 1860, S. 1860. 1. 414 .	39
Req.,	13 novembre 1860, S. 1861. 1. 884	39
Req.,	24 avril 1861, D. 1861. 1. 256 .	75
Paris,	30 août 1862, S. 1862. 2. 443 .	147
Grenoble,	27 janvier 1863, D. 1863. 5. 38, S. 1863. 2. 79	46
Req.,	17 août 1864, S. 1865. 1. 121 . .	82
Lyon,	28 juin 1866, D. 1866. 2. 224, S. 1867. 2. 146	50
Montpellier,	6 août 1867, D. 1869. 1. 208 . .	26
Paris,	10 mars 1868. D. 1868. 5. 34, S. 1868. 2. 114	71
Civ.,	24 novembre 1869, D. 1870. 1. 25, S. 1870. 1. 72	94
Paris,	24 mars 1870, S. 1871. 2. 71 . .	39
Dijon,	27 juillet 1870, S. 1871. 2. 268 .	39
Paris,	30 juillet 1870, D. 1871. 2. 16 .	75
Civ.,	29 janvier 1872, D. 1872. 1. 449, S. 1873. 1. 113	94
Civ.,	12 juin 1872, D. 1872. 1. 327, S. 1872. 1. 308	135
Req.,	8 juillet 1872, D. 1873. 1. 33, S. 1872. 1. 257	106
Besançon, trib. com.	30 août 1872, D. 1875. 1. 297 .	25
Besançon,	11 mars 1873, D. 1875. 1. 298 .	25
Civ.,	27 janvier 1875, D. 1875. 1. 297, S. 1875. 1. 112	17, 24, 25, 26
Req.,	31 mai 1875, D. 1876. 1. 390 . .	47
Dijon,	22 décembre 1875, D. 1876. 5. 102, S. 1876. 2. 79	17, 24
Civ.,	30 janvier 1877, D. 1877. 1. 348	46
Dijon,	22 décembre 1877, D. 1877. 5. 102	24
Paris,	3 janvier 1878, D. 1878. 2. 28 .	46
Req.,	8 mars 1880, D. 1881. 1. 161 . .	75
Poitiers,	5 mai 1880, D. 1880. 2. 252 . .	52
Civ.,	17 janvier 1881, D. 1881. 1. 145, S. 1881. 1. 126	107
Req.,	17 janvier 1881, D. 1881. 1. 225	46, 47
Civ.,	19 janvier 1881, D. 1882. 1. 63, S. 1882. 1. 158	17, 24
Lyon,	5 février 1881, D. 1881. 2. 192 .	24
Lyon,	3 février 1882, Gaz. Pal. 1882. 2. 47	20
Civ.,	10 mai 1882, D. 1883. 1. 112, S. 1882. 1. 352	17, 24
Req.,	21 août 1882, S. 1883. 1. 113 .	73
Gand,	11 juillet 1883, Pasicrisie 1883. 2. 362	154

		Pages
Lyon,	23 avril 1884, Gaz. Pal. 1884. 2. suppl. 187	20
Civ.,	28 avril 1884, D. 1884. 1. 329, S. 1886. 1. 294	94
Civ.,	11 août 1884, D. 1885. 1. 296, S. 1884. 1. 416	17, 24, 26
Paris,	11 novembre 1885, La loi, 26 novembre 1885	18
Paris,	21 mars 1887, D. 1888. 2. 165 .	81
Req.,	12 juillet 1887, S. 1887. 1. 384 .	26
Nimes,	8 août 1887, S. 1888. 2. 20 . . .	82
Lyon,	4 novembre 1887, Gaz. Pal. T. Q. 1887—1892, V. Effets de com. No. 154	20
Req.,	21 décembre 1887, D. 1888. 1. 256, S. 1888. 1. 412	163
Req.,	6 février 1888, S. 1890. 1. 49, note de M. Labbé	39
Civ.,	7 mars 1888, D. 1888. 1. 349, S. 1888. 1. 305	39
Civ.,	23 avril 1888, D. 1889. 1. 233, S. 1889. 1. 25	107
Req.,	6 février 1889, S. 1891. 1. 379 .	82
Paris,	11 décembre 1889, D. 1890. 2. 283	118
Paris,	29 mars 1890, D. 1895. 2. 30 . .	82
Nantua, trib. civ.,	18 février 1891, S. 1892. 2. 59 .	84, 86
Req.,	23 mars 1891, D. 1891. 1. 485 .	75
Req.,	8 décembre 1891, S. 1892. 1. 293	39, 50
Bastia,	30 mars 1892, D. 1893. 2. 542, S. 1894. 2. 71	17
Civ.,	27 juillet 1892, D. 1892. 1. 464 .	112
Paris,	21 février 1893, D. 1893. 2. 465, note de M. Planiol	101
Req.,	27 juin 1893, D. 1893. 1. 488, S. 1894. 1. 25	39
Paris,	21 novembre 1893, D. 1894. 2. 93	118
Douai,	19 février 1894, D. 1894. 2. 600	24
Paris,	17 juillet 1894, D. 1895. 2. 25, note de M. Thaller	19
Req.,	18 mars 1895, S. 1896. 1. 313 .	81
Bruges, trib. civ.,	29 juillet 1895, Pasicrisie 1896. 3. 21	154
Seine, trib. civ.,	2 novembre 1895, D. 1896. 2. 152	84, 86
Paris,	18 décembre 1895, D. 1896. 2. 443	47
Paris,	27 avril 1896, D. 1898. 2. 257	19
Req.,	15 février 1897, D. 1897. 1. 582, S. 1898. 1. 86	167
Req.,	1er mars 1897, S. 1897. 1. 352 .	47
Alger,	6 juillet 1897, D. 1899. 2. 310 .	137

		Pages
Montpellier,	25 novembre 1897, D. 1899. 1. 353	150
Anvers, trib. civ.,	8 juillet 1898, Pasicrisie 1898. 3. 325	154
Saint-Sever, trib. corr.,	23 mars 1900, Le Droit, 26 juin 1900	21
Civ.,	2 juillet 1900, D. 1900. 1. 294, Gaz. Pal. 1900. 2. 503	111
Seine, trib. civ.,	17 août 1900, D. 1904 1. 33 . .	142
Req.,	5 novembre 1900, D. 1901. 1. 463, S. 1901. 1. 278	31
Lille, trib. civ.,	27 décembre 1900, D. 1901. 5. 268, S. 1903, 2. 119	133
Paris,	11 février 1901, non publié . .	142
Poitiers,	14 mai 1901, S. 1902. 2. 175, Gaz. Pal. 1901. 2. 15	75
Req.,	21 octobre 1901, D. 1901. 1. 527, S. 1901. 1. 520	31, 39
Pau,	10 janvier 1902, S. 1902. 2. 205	84
Req.,	23 avril 1902, D. 1902. 1. 309 .	39
Civ.,	5 mai 1902, S. 1905. 1. 41, note de M. Hémard	39
Civ.,	16 juillet 1902, D. 1903. 1, 401, note de M. H. Capitant, S. 1905. 1. 22	107
Pau,	4 août 1902, S. 1902. 2. 205 . .	84
Req.,	24 mars 1903, D. 1904. 1. 33, S. 1904. 1. 137	139s, 142
Coulommiers, trib. civ.,	8 mai 1903, S. 1906. 2. 23 . . .	133, 135, 154
Toulouse,	5 août 1903, Gaz. Pal. T. Q. 1902—1907, V. Com. No. 77 .	28
Douai,	18 mai 1905, D. 1906. 2. 161, note de M. Planiol	163
Civ.,	23 mai 1905, D. 1906. 1. 369, note de M. Boutaud, S. 1906. 1. 177, note de M. Tissier, Gaz. Pal. 1905. 1. 713	94
Montpellier,	5 mai 1906, D. 1906. 2. 217, note de M. Valéry, S. 1908. 2. 6 .	17, 27, 33
Aix,	10 mai 1906, D. 1908. 2. 401, S. 1908. 2. 61	95
Seine, trib. civ.,	14 mai 1906, S. 1909. 2. 262 . .	135, 154
Cass. belge,	7 juin 1906, Pasicrisie 1906. 1. 293	159
Caen,	14 juin 1906, S. 1907. 2. 44 . .	21
Bordeaux,	3 décembre 1906, D. 1907. 2. 73, note de M. Thomas	84, 86
Seine, trib. civ.,	19 novembre 1907, S. 1909. 2. 123	84, 86
Nantes, trib. com.,	30 novembre 1907, D. 1909. 5. 16	113
Lyon, trib. civ.,	5 mars 1908, D. 1908. 5. 33 . .	46
Doullens, trib. civ.,	8 mai 1908, D. 1910. 2. 92, S. 1910. 2. 260	137

		Pages
Req.,	19 mai 1908, D. 1908. 1. 359, S. 1911. 1. 508	39
Toulouse,	29 mai 1908, Gaz. Trib. 1909. 2. 14	27
Bordeaux, trib. civ.,	9 novembre 1908, D. 1909. 5. 18	81
Rouen,	11 novembre 1908, D. 1909. 5. 2, Gaz. Pal. 1908. 2. 571	31
Req.,	3 février 1909, D. 1910. 1. 451 .	84
Req.,	25 octobre 1909, D. 1910. 1. 257, note de M. Binet, S. 1911. 1. 361, note de M. Naquet, Gaz. Pal. 1909. 2. 504	98
Toulouse,	29 novembre 1909, Gaz. Pal. 1910. 1. 255	20
Poitiers,	9 février 1910, S. 1912. 1. 149 .	39
Nice, trib. paix,	4 mars 1910, D. 1910. 2. 217, S. 1910. 2. 324	80
Lyon,	27 juillet 1910, Gaz. com. Lyon, 4 mars 1911	118
Pau,	24 octobre 1910, D. 1912. 2. 5. .	108
Rennes,	10 novembre 1910, Gaz Pal. 1911. 1. 64	113
Nimes,	17 février 1911, Gaz. Trib. 1911. 2. 488	118
Civ.,	17 juin 1911, S. 1913. 1. 543 . .	171
Le Havre, trib. com.,	4 octobre 1911, Rec. du Havre 1912. 1. 46	114
Pau,	6 novembre 1911, D. 1912. 2. 375	150
Req.,	12 décembre 1911, D. 1913. 1. 129	75
Civ.,	23 janvier 1912, D. 1912. 1. 481, S. 1912. 1. 148, Gaz. Pal. 1912. 1. 230	30, 39
Douai,	1er avril 1912, D. 1913. 2. 17, note de M. Lalou	89, 149
Civ.,	14 mai 1912, D. 1912. 1. 303 . .	30, 31, 35
Nantes, trib. com.,	25 mai 1912, Gaz. Pal. 1912. 1. 292	51
Villefranche, trib. com.,	27 novembre 1912, Journ. des faillites 1913. 93	31
Rouen,	21 juillet 1913, D. 1915. 2. 41, note de M. Lalou	31, 35
Besançon,	13 février 1914, D. 1915. 2. 41, note de M. Lalou	28, 31, 35
Civ.,	1er avril 1914, D. 1919. 1. 110, note de M. Chéron, S. 1914. 1. 345, note de M. Lyon-Caen	107 s
Paris,	6 décembre 1917, D. 1919. 2. 43	22
Rouen,	18 décembre 1918, Gaz. Trib. 19 - 20 février 1919	82
Paris,	23 mai 1919, S. 1918 - 1919. 2. 104	39

		Pages
Nancy,	11 février 1920, Gaz. Pal. 1920. 1. 331	73
Marseille, trib. com.,	3 juin 1920, Rec. Marseille 1921. 1. 67	77 s
Marseille, trib. com.,	7 juin 1920, Rec. Marseille 1921. 1. 74	77 s
Lyon,	12 novembre 1920, Mon. jud. Lyon 21. 1. 1921	28
Dijon, trib. corr.,	22 janvier 1921, Rec. Dijon 1921-29	21
Rouen, trib civ.,	5 avril 1921, D. 1923. 2. 3 . . .	154 s
Marseille, trib. com.,	26 janvier 1922, Rec. Marseille 1923. 1. 193.	81
Civ.,	7 mars 1922, D. 1925. 1. 136 . .	47, 48
Clermont-Ferrand, trib. civ.,	17 mars 1922, non publié . . .	153
Seine, trib. civ.,	20 mars 1922, Gaz. Trib. 14 juin 1922	135
Civ.,	15 juin 1922, D. 1925. 1. 213, Gaz. Pal. 1922. 2 189	111
Melle, trib. civ.,	24 juin 1922, La loi 12 août 1922	18
Civ.,	27 juin 1922, D. 1922. 1. 200 . .	107
Bourges,	4 juillet 1922, D. 1922. 2. 96 . .	75 s
Lyon, trib. civ.,	7 juillet 1922, Journ. du Notar. 1923. 507	144
Le Havre, trib. com.,	10 juillet 1922, Rec. du Havre 1922. 1. 132	17
Req.,	8 novembre 1922, D. 1924. 1. 186, note de M. Nast	137
Rouen,	15 décembre 1922, D. 1923. 2. 1, note de M. H. Capitant . . .	6, 154 s
Grenoble,	6 février 1923, Gaz. Trib. 1923. 2. 620	31
Lyon,	7 février 1923, D. 1925. 1. 144 .	113
Riom,	14 mai 1923, non publié	153
Nancy,	1er juin 1923, Gaz. Pal. 1923. 2. 222	103
Rouen,	27 octobre 1923, Gaz. Pal. 1926. 1. 445	94
Req.,	6 novembre 1923, D. 1925. 1. 144	113
Paris,	15 novembre 1923, Gaz. Pal 1926. 1. 249	140
Marseille, trib. com.,	19 décembre 1923, Rec. Marseille 1925. 1. 260	81
Civ.,	20 février 1924, D. 1924. 1. 19, D. H. 1924. 265	87
Paris,	28 février 1924, Journ. Trib. com. 1925. 255	47, 48
Seine, trib. civ. (2. ch.)	4 juillet 1924, D. H. 1924. 611, S. 1928. 2. 33, note de M. Gény, Gaz. Pal. 1924. 2. 652 . . .	152 s, 155 s, 183

		Pages
Le Havre, trib. civ.,	24 juillet 1924. D. 1925. 2. 148, note de M. Nast, Gaz. Pal. 1924. 2. 423	137
Marseille, trib. com.,	9 septembre 1924, Rec. dr. frcs. com. 10 nov. 1924	47
Marseille, trib. com.,	19 novembre 1924, Rec. Marseille 1926. 1. 167	74
Le Havre, trib. com.,	1er décembre 1924, Caz. Pal. 1925. 1. 247	31, 35, 52
Paris,	11 décembre 1924, D. 1925. 2. 39, D. H. 1925. 31, Gaz. Pal. 1925. 1. 403	133, 137, 144s
Seine, trib. com.,	10 février 1925, D. 1926. 2. 139, note signée H. L.	19
Chalon-sur-Saône, trib. com.,	27 avril 1925, D. 1926. 2. 6. . .	29, 31, 34
Rouen, trib. com.,	25 mai 1925, Gaz. Pal. 1925. 2. 293	96
Dijon,	26 juin 1925, D. 1926. 2. 6, note signée A. C.	29, 35
Lyon, trib. com.,	29 juin 1925, La loi, 30 décembre 1925	18
Lyon,	23 octobre 1925, D. 1927. 2. 167, note de M. Nast	46, 69, 77
Paris,	10 novembre 1925, D. 1926. 2. 140, note signée H. L. . . .	19, 28, 32
Civ.,	16 décembre 1925, D. 1927. 1. 5, note de M. H. Capitant. S. 1926. 1. 169, note de M. Vialleton, Gaz. Pal. 1926. 1. 249 . . .	133, 139s
Req.,	27 janvier 1926, D. 1927. 1. 169, note de M. Nast	93
Req.,	1er février 1926, S. 1926. 1. 134	41
Montpellier,	10 février 1926, Mon. jud. Midi 15 mai 1926	30
Civ.,	24 février 1926, S. 1927. 1. 101 .	31, 37
Montpellier,	19 octobre 1926, D. H. 1926. 557	98
Le Havre, trib. com.,	8 décembre 1926, Rec. du Havre 1926. 1. 260	20
Paris,	18 janvier 1927, D. 1928. 2. 145, note de M. H. Capitant . .	149, 151
Boulogne-sur-mer, tr. corr.,	26 janvier 1927, Gaz. Trib. 7 juillet 1927	79
Paris,	29 juin 1927, D. 1927. 2. 161, note de M. H. Capitant . . .	93
Marseille, trib. com.,	20 juillet 1927, Rec. Marseille 1928. 1. 14	118
Marseille, trib. civ.,	26 juillet 1927, D. H. 1927. 565, Gaz. Pal. 1917. 2. 851	95
Req.,	31 octobre 1927, Gaz. Pal. 1927. 2. 943	111

		Pages
Grenoble,	10 février 1928, Gaz. Pal. 1928. 1. 435	18, 21
Nevers, trib. civ.,	24 avril 1928, Gaz. Pal. 1928. 2. 252	114, 117
Paris,	5 juin 1928, D. 1929. 2. 133, D. H. 1928. 429	98
Rennes,	9 juin 1928, D. 1929. 2. 129, note de M. Nast, D. H. 1928. 519 .	98
Civ.,	12 juin 1928, Gaz. Pal. 1928. 2. 319	72, 106
Amiens,	27 juin 1928, D. 1929. 2. 53, D. H. 1928. 548	154s
Marseille, trib. com.,	5 juillet 1928, Rec. Marseille 1928. 1. 281	17
Seine, trib. civ. (1. ch.)	24 décembre 1928, D. 1929. 2. 105, note de M. Capitant, S. 1929. 2. 71, Gaz. Pal. 1929. 1. 361 .	128, 152s, 155
Colmar,	31 janvier 1929, Rev. jur. Als.-Lorr. 1930. 170, note de Me. Degand	79
Rouen, trib. civ.,	19 juin 1919, D. H. 1920. 567 .	131
Toulouse, trib. civ.,	22 juin 1929, Rép. gén. prat. du Notar. 1930. 418	137
Angers,	21 novembre 1929, Gaz. Pal. 1930. 1. 217	57, 60, 70s, 106
Paris,	5 décembre 1929, S. 1930. 2. 59, Gaz Pal. 1930. 1. 180	130, 159, 173
Req.,	4 février 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 643	38, 48, 50
Paris,	21 février 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 740	129, 182
Caen,	28 mars 1930, D. H. 1930. 322 .	98s
Strasbourg, trib. corr.,	25 juin 1930, non publié	21

TABLE DES TEXTES

Code civil

Articles	Pages
6	171
75	61
76	61
124	148
129	148
148	8
215	45, 50, 79
217	47s, 58, 68, 71, 110
218	46, 58, 79
219	56, 184
220	23, 27, 28, 33s, 38, 41s, 50, 56, 60, 69, 71, 76s, 104
223	74
224	53s
299	83, 85s, 127, 147, 166, 177,
311	82, 84 [181
442	8
791	154
826	157, 165
832	157, 165
866	165
883	140
895	174
939	174, 176
943	171
955	166, 176
1082	152, 159
1083	159, 174
1091	152, 171
1093	159
1096	40, 174
1097	40
1099	40
1121	128, 182
1122	167
1124	185
1130	131, 154s
1134	171
1156	164
1157	168
1166	145
1174	161
1179	169
1326	17
1328	103
1387	158
1388	40
1389	136, 156s, 171
1391	61
1394	61
1395	40, 131
1401	149s
1407	151
1409	102, 109, 116
1410	103
1413	110
1417	110
1419	57, 104s
1421	78, 142
1423	143
1426	57, 105, 109
1428	22
1433	151
1434	151
1437	105
1452	127
1470	122
1485	108
1497	134
1498	103, 149
1515—1525	131, 139, 159
1515	135
1516	136s
1518	148
1520	131
1525	133
1527	139s
1595	40, 161
1600	154
1868	96, 143
1998	21
2103	146

Code de Commerce

Articles	Pages	Articles	Pages
1	15, 47	67—70 . . .	60s
2	51, 53s	109	48, 103
4	44s, 51s, 55, 63, 81	113	8
5	21, 27, 28, 33s, 38, 40s, 56, 60, 69, 71, 76s, 104	545	107
		632	74
7	70	638	72

Code de procédure civile

Articles	Pages
859	79
872	60

Code local de procédure civile

§	Page
52 . . .	79

Code civil suisse

Articles	Pages
167	55
168	79

Code civil allemand (B. G. B.)

§	Pages	§	Pages
1354	43	1530	104
1368	89, 186	1549	104
1459	104	1558—1563 .	65

Code de commerce allemand (H. G. B.)

§	Pages
9	79
22	85

Textes divers

	Dates	Pages
Déclaration	25 avril 1777	137
Loi	2 - 17 mars 1791	116
Loi	21 germinal an XI	137
Loi	10 juillet 1850	61
Loi	23 mars 1855	175
Loi	19 mai 1877	138
Loi	6 février 1893	82, 84
Loi	20 juillet 1895	7
Loi	15 février 1898	21
Loi	13 juillet 1901	110
Loi	14 juillet 1903	138
Loi	2 juillet 1907	8
Loi	13 juillet 1907	7, 37, 46, 49s, 59, 69, 77, 79, 89, 102, 104, 110, 111, 186
Loi	17 mars 1909	140, 174s
Loi	9 février 1916	137
Loi	20 mars 1917	8
Loi	18 mars 1919	11, 62s
Décret	13 août 1919	21
Loi	12 mars 1920	7
Loi	8 février 1922	8
Loi (civ.)	1er juin 1924	13, 58, 65, 165
Loi (com.)	1er juin 1924	13, 17, 46, 49s, 52s, 64s, 85, 186
Loi	1er avril 1926	145
Loi	17 juillet 1927	8
Loi	29 juin 1929	145
Loi	24 janvier 1930	110

TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

Les chiffres renvoient aux pages
La lettre s signifie : et suivants

Absence, 26, 55, 93, 146 s.
Abus d'autorité, 57.
Acceptation d'effets de commerce, 19.
Acceptation de la communauté, 99, 118.
Accessoire, 107.
Achalandage, 76.
Achat d'un fonds de commerce, 73 s.
Acte à titre onéreux, 17, 131, 153 s.
Acte de société, 128.
Actif, 88.
Action en délivrance, 165.
Actions en justice, 50, 53, 79.
Affichage d'un extrait du contrat de mariage, 60.
Affichage de prix, 21.
Aisne, 11.
Aliénation, voir vente.
Allemagne, B. G. B., 13, 88, 104, 186.
  capacité de la femme mariée, 43, 79;
  constitution du 11 août 1919, 8;
  H. G. B., 13, 79, 85.
Alsace et Lorraine, 9, 11 s., 17, 43, 45, 49, 54 s., 64, 71, 79, 85, 138, 165.
Annulation du mariage, 92.
Ardennes, 11.
Assistance du mari, 7.
Autorisation, art. 2 c. com., 51 s.
  d'exercer le commerce, 74;
  expresse, 47, 70, 75;
  gouvernementale (pharmacie), 138;
  par la justice, 55 s., 82, 109, 119, 184;
  pour traite, 18 s., 28;
  présomption d'autorisation, 49, 66;
  refus d'autorisation, 55 s., 79, 109;
  révocation, 57, 66, 70;
  tacite, 18, 38, 50, 63, 185.
Autorité maritale, 44 s., 51 s., 57 s.
Avant-contrat, 167.
Ayants-cause, 158.

Bail, 76, 125.
Banqueroute, 58, 61.
Bas-Rhin, 9; voir Alsace et Lorraine.
Bénéfices, 37, 59, 88 s.
B. G. B., 13.
Biens incorporels, 149.
Biens réservés, 37, 49, 59, 72 s., 76, 80, 89, 98, 101, 104, 110.
Billet à ordre, 18, 72.
Blessures involontaires, 22.
Brocanteur, 21.

Caisse d'épargne, 7.
Capacité, 43, 68; voir Incapacité.
Cas fortuit, 98.
Cautionnement, 107.
Cession de fonds de commerce, 174.
Chef d'établissement, 10.
Clause commerciale ou clause de conservation, 6, 120 s.
Clause de non-concurrence ou clause de non-rétablissement, 111 s.
Clientèle, 115.
Cohérie, 113.

Collaboration des deux époux, 23, 76, 117.
Commerce séparé, 23, 33, 42, 76.
Commerce avec biens réservés, 49.
Commissaire-priseur, 123.
Compétence, des tribunaux civils, 17.
— des tribunaux de commerce, 26, 58, 108.
Compte en banque, 29.
Concordat, 108.
Concours du mari à un acte, 47, 70, 75.
Concurrence déloyale, 86.
Condition potestative, 161.
Consentement, 142; voir autorisation.
Conseil de famille, 51.
Conseil judiciaire, 54.
Conservation; voir clause.
Contrat de mariage:
affichage d'un extrait, 60;
inopposabilité aux tiers, 66;
clause commerciale, 123 s., 178 s.
Contrat *post mortem*, 167.
Contrôle des tribunaux, 57.
Copartageant, 134.
Copropriété, 78, 108.
Correspondance, 29.
Conventions de mariage, 134 s., 158.
Conventions matrimoniales; voir immutabilité.
Coutumes, 23, 33.
Créanciers, 61, 102, 111, 145.
Crédit, 105.

Date certaine, 103.
Dation en paiement, 135.
Décès, 92, 144.
Défaut d'autorisation, 58 s.
Défaut d'inscription au registre du commerce, 62.
Défaut d'inscription au registre matrimonial, 66.
Délaissement du fonds, 118.
Délits, 106.
Départements recouvrés; voir Alsace et Lorraine.
Détailler les marchandises, 17.
Dettes commerciales, 102 s.
Dévolution héréditaire, 156.
Diplôme; voir Pharmacie.
Dissolution de la communauté, 92, 144 s.
Dissolution du mariage, 107, 176.
Divorce, 92, 127, 146 s., 180.
Dommages-intérêts, 78, 113, 175.
Donation, 73, 133, 149;
— avec charge, 135, 152, 159 s., 178.
Dot, 27.
Droit allemand; voir Allemagne.
Droit anglais, 79.
Droit d'administration, 90.
Droit de disposition, 90.
Droit de mutation, 139, 176 s.
Droit pénal, 21.
Droits fiscaux, 133.
Droits sociaux, 124.
Droit successif, 170.
Droit suisse, 55, 79, 139.

Echange, 150, 179.
Effets des actes de la femme commerçante, 88 s.
Effets de commerce, 18 s., 72.
Egalité de droit des deux sexes, 8.
Emancipation, 51.
Emploi, 151, 179.
Endossement, 19.
Enseigne, 85.
Ester en justice, 50, 53.
Expert, 123.
Exploitation agricole, 131.
Exploitation conjointe, 23, 90.

Factures, 29.
Faillite, 17, 25, 31, 39, 48, 58, 107.

Fermeture, 114 s.
Finance, 137.
Firme (notion allemande), 85.
Fisc, 110, 133.
Fonds de commerce; voir clause commerciale:
— propre à la femme, 77, 91;
— commun, 77, 91;
— propre au mari, 78, 91.
Formalités, 59.
Formule, 123.
Fraude, 143.

Gage des créanciers, 110.
Garantie, 116.
Güterrechtsregister; voir registre matrimonial.

Habilitation en sous-ordre, 53.
Haut-Rhin, 9; voir Alsace et Lorraine.
Herboristerie, 137.
Héritiers de l'époux survivant, 146.
H. G. B. allemand, 79, 85.
Historique, 7.
Hypothèques, 70, 78.

Immeubles, 70, 150, 174 s.
Immutabilité des conventions matrimoniales, 65, 130 s., 132, 142, 151, 180.
Impôts directs, 110.
Imputation, 146.
Inaliénabilité dotale, 61.
Incapacité, 8, 19, 49, 58, 110, 184.
— de mineur, 51; voir Capacité.
Indivision, 92 s., 100 s.
Ingratitude, 166, 177.
Inopposabilité du contrat de mariage, 66.
Institution contractuelle, 152, 159, 174, 176.
Intention des parties contractantes, 115, 164.
Interdiction de se rétablir; voir Clause de non-concurrence.
Interdiction du mari, 54.
Interprétation d'un contrat, 115.
Isolé, 10.

Jurisprudence; son rôle, 5, 15.
Justice; autorisation, 55.
— action de justice, 50, 53, 79 s.

Législation étrangère; voir Allemagne, Droit anglais, Droit suisse.
Legs, 143, 150, 165.
Lettre de change, 8, 18, 20, 106, 126.
Libéralité avec charge; voir donation avec charge.
Liberté du commerce et de l'industrie, 116.
Licitation, 122, 148, 183.
Liquidation, 92, 158, 183.
Liquidation judiciaire, 17, 31, 58.
Loi Valette, 12.

Majeur, 51, 53.
Mandataire, 104.
Mandat tacite, 6, 18.
Marchande publique, 16, 30, 71.
Mari, commis, 23 s., 90; voir Absence, Abus d'autorité, Assistance, Autorisation, Autorité, Concours, Contrôle, Interdiction, Opposition, Présomption, Publicité, Responsabilité.
Marne, 11.
Meurthe-et-Moselle, 11.
Meuse, 11.
Mineur, 51, 53, 126.
Montloin, 152.
Mort, 92, 144.
Moselle, 9; voir Alsace et Lorraine.

Nantissement, 140, 142.
Négoce; Actes non afférents, 71.

Nom, 35, 76, 81 s.
Nord, 11.
Nue-propriété, 103, 110.
Nullité, 19, 39, 58, 78, 153.

Obéissance, 114.
Office ministériel, 95, 137.
Oise, 11.
Opérations de bourse, 48.
Opposition, 43, 58, 65, 78.
Option de la femme à la dissolution de la communauté, 118.
Ordre légal des successions, 156.
Ordre public, 87, 92, 158.

Pacte sur succession future, 7, 131, 154, 167 s.
Partage, 122.
Pas-de-Calais, 11.
Passif, 88, 102 s.
Patente, 26, 27.
Pécule réservé; voir Biens réservés.
Pharmacie, 95, 137 s., 145.
Placement de capitaux, 73.
Plus-value, 88 s., 97, 180.
Porteur, 19.
Pouvoirs, 69 s., 77, 126.
Préciput, 131, 135.
Préposée, 16, 36, 76, 90.
Présomption d'autorisation, 51, 54, 67.
— de l'art. 5 c. com,. *juris et de jure*, 27, 33.
— *juris tantum*, 34.
— de l'art. 638 c. com., 72.
Prête-nom, 115, 119.
Preuve, 34, 103.
Privilège du copartageant, 146.
Privilège du vendeur, 140.
Prix; voir Affichage.
Promesse de vente, 131, 154 s., 160 s., 166.
Propres; voir Fonds de commerce.
Propriétaire du fonds de commerce, 22.
Publicité, 57, 60.
Puissance maritale; voir Autorité.
Puissance paternelle, 51.
Purge des exceptions sur traite, 19.

Quasi-délit civil, 61, 106.
Quotité disponible, 176.

Recensements, 9.
Récompenses, 98 s., 101, 105.
Réduction, 140, 165, 176.
Régime matrimonial, 60.
Régions libérées, 11.
Registre des actes de mariage, 61.
Registre du commerce, 11, 62, 110.
Registre matrimonial, 13, 43, 57, 65, 71, 186.
Remploi, 122, 151, 179.
Renonciation à la communauté, 99, 125, 134.
Résolution, 140.
Réserve, 130, 140, 177.
Responsabilité du mari, 107 s.
Restaurant, 114.
Retrait d'autorisation, 57, 66, 70.
Retrait des pouvoirs de la femme, 111.
Revente de fonds de commerce, 73.
Révocation de l'autorisation, 57, 66, 70.
Révocation pour ingratitude, 166, 177.

Sanction, 61 s., 66.
Séparation de biens, 30 s., 92, 113, 127, 146 s., 180 s.
Séparation de corps, 82, 92 s., 127, 146 s., 180 s.
Signature de la femme, 18 s.

Société, 128 s., 172 s., 181 s.
— entre époux, 38.
— avec tiers, 38, 50, 71.
Somme, 11.
Soulte, 146.
Statistiques, 9 s.
Stipulation pour autrui, 128 s., 181.
Subordination de la femme, 32, 37.
Subrogation réelle, 151.
Successeur, 84 s.
Succession, 112; voir Pacte sur succession future.
Syndicats, 7.

Testament, 130 s., 165.
Théorie de l'accessoire, 107.
Tiers; porteur de traite, 19, 59 s.
— protection des tiers, 30, 32, 59 s., 70.
— prêteur de capitaux, 91.
Titre exécutoire, 107.
Traite; voir Lettre de change.
Transcription, 174.
Transfert de propriété, 174, 176.
Tribunal, 58; voir Contrôle, Compétence.

Universalité, 150.

Validité de la clause commerciale, 158 s.
Vente, 73, 76, 133, 139, 141, 161; voir Promesse de vente.
Ventilation, 91.
Veuvage, 25.
Vosges, 11.
Votum mortis, 168.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

Amiaud. — Traité formulaire du notariat.

Arthuys. — Traité des sociétés commerciales.

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français.

Baudry-Lacantinerie et Hourques-Fourcade. — Traité théorique et pratique du code civil. Des personnes.

Baudry-Lacantinerie et Wahl. — Traité théorique et pratique du code civil. Le louage, la société, les contrats aléatoires.

Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. — Traité théorique et pratique de droit civil. Le contrat de mariage.

Boutaud et Chabrol. — Traité général des fonds de commerce et d'industrie.

Cendrier. — Le fonds de commerce.

Chéron. — Eléments de Droit commercial français.

Chéron et Muhleisen. — Précis de procédure locale applicable en matière civile et commerciale dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français.

Dalloz, Répertoire Pratique. — Communauté entre époux, contrat de mariage, commerçant.

Defrénois. — Traité formulaire général du notariat.

Demolombe. — Cours de droit civil.

Fuzier-Herrmann, Répertoire de droit français. — Contrat de mariage, femme mariée, commerçant.

Girard. — Manuel de droit romain.

Guillouard. — Taité du contrat de mariage.

Houpin et Bosvieux. — Traité général des sociétés.

Lacour et Bouteron. — Précis de droit commercial.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial.

Niboyet. — Répertoire de droit et de jurisprudence d'Alsace et de Lorraine.

Percerou. — Droit commercial.

Planiol, Ripert et Savatier. — Traité pratique de droit civil français. T. I, Les personnes.

Planiol, Ripert et Rouast. — Traité pratique de droit civil français. T. II, La famille.

Planiol, Ripert et Picard. — Traité pratique de droit civil français. T. III, Les biens.

Planiol, Ripert, Maury et Vialleton. — Traité pratique de droit civil français. T. IV, Successions.

Planiol, Ripert et Esmein. — Traité pratique de droit civil français. T. VI, Obligations.

Planiol, Ripert et Nast. — Traité pratique de droit civil français. T. VIII et IX, Régimes matrimoniaux.
Rodière et Pont. — Du contrat de mariage.
Thaller. — Traité élémentaire de droit commercial.
Troplong. — Contrat de mariage.
Wahl. — Droit commercial.

Législation étrangère

Cosack. — Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dernburg. — Das bürgerliche Recht.
Endemann. — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Ehrenberg. — Handbuch des Handelsrechts.
Foertsch. — Vergleichende Darstellung des Code civil mit dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich.
Staudinger. — Kommentar zum B. G. B.
Wiernszowski. — Handbuch des Eherechts.

Ouvrages particuliers

Auschitzky. — Nom commercial. Th., Bordeaux, 1909.
Avollée. — Des sociétés entre époux. Th., Paris, 1903.
Barraud. — Du partage inégal de la communauté.
Basset A. — Le fonds de commerce sous le régime de la communauté. Th., Limoges, 1924.
Basset H. — Rôle de la femme mariée. Th., Paris, 1896.
Béhin. — De l'attribution du fonds de commerce en cas de dissolution de la communauté. Th., Lille, 1925.
Bessery. — Du nom après le divorce. Th., Toulouse, 1905.
Bressoles. — La femme du commerçant. Th., Paris, 1887.
Brunel. — La femme mariée et les charges du ménage. Th., Montpellier, 1910.
Cabant. — Conséquences juridiques qu'entraîne pour la femme mariée la qualité de commerçante. Th., Caen, 1888.
Camberlin. — De l'illégalité des sociétés commerciales entre mari et femme.
Ciando. — Clause de reprise de la femme mariée commerçante. Th., Paris, 1910.
Colin et Legrand. — Produits du travail dans le mariage. Paris, 1910.
Crevoisier. — Le libre salaire de la femme mariée. Paris, 1907.
Cubain. — Ttraité des droits des femmes en matière civile et commerciale. Paris, 1842.
Degand. — Des conventions modificatives du partage égal de la communauté. Paris, 1916.

Deschamps. — La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907. Th., Paris, 1909.

Dianu. — Les biens réservés de la femme mariée, Paris, 1913.

Dupré. — Le libre salaire de la femme mariée. Lyon, 1909.

Expert-Besançon. — La femme mariée commerçante. Paris, 1906.

Fayolle. — Situation de la femme mariée relativement à ses gains et salaires. Lyon, 1909.

Gastaldi. — Libre salaire de la femme mariée. Paris, 1908.

Gouttepagnon. — La femme mariée commerçante. Caen, 1913.

Guibal. — La femme mariée commerçante. Th., Montpellier, 1920.

Guillot. — Condition juridique de la femme mariée. Poitiers, 1912.

Guyon. — La femme mariée commerçante. Th., Paris, 1910.

Guyot. — L'activité économique de la femme mariée. Th., Dijon, 1909.

Haas. — Des effets à l'égard du mari des actes de la femme commerçante. Th., Paris, 1900.

Hugé. — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail.

Hugot. — Etude critique du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Josson. — Gains et salaires de la femme mariée sous le régime de la communauté.

Lalou. — Droits de la femme mariée. Paris, 1910.

Lassaigne. — Des libéralités faites par un époux remarié.

Laurent. — Principes du droit civil.

Lauzon. — Bien réservés de la femme mariée. Paris, 1911.

Lavialle. — Le nom de la femme mariée. Poitiers, 1910.

Lecourtois et Surville. — La loi du 13 juillet 1907. Paris, 1910.

Lévy. — Le nom commercial.

Loubers. — Essai d'une théorie générale des sociétés de fait. Th., Paris, 1908.

Machereau. — Les causes du prélèvement facultatif moyennant indemnité. Th., Paris, 1908.

Margat. — La femme mariée commerçante et le régime de libre salaire. Paris, 1913.

Martin A. — Du partage inégal de la communauté en faveur de l'épouse survivante.

Martin H. — L'égalité en nature dans le partage et le bien de famille.

Maunoury. — Nom commercial. Paris, 1894.

Moride. — Des modifications apportées par la loi du 13 juillet 1907 au régime de la communauté légale. Th., Paris, 1908.

Mornet. — Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. Th., Paris, 1904.

Mougant. — De la cession des offices ministériels.

Mulotte. — La loi du 13 juillet 1907 et les salaires de la femme mariée. Th., Paris, 1909.

Nast. — Etude sur la prohibition des pactes sur succession future. Th., Paris, 1905.

Pascau. — Les pactes sur succession future.

Pauly. — Biens réservés de la femme mariée. Th., Bordeaux, 1909.

Perceau. — Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges de ménage. Th., Paris, 1908.

Perreau. — Législation et jurisprudence pharmaceutique.

Petitfils. — Des droits de l'époux sur la succession du conjoint prédécédé.

Plessis. — Des avantages résultant des conventions matrimoniales et de leur caractère juridique et spécialement au cas de second mariage et des clauses de partage inégal stipulées par les articles 1515 à 1525 du code civil.

Portemer. — Gains et salaires de la femme mariée. Th., Paris, 1909.

Proyart. — Les principales déformations du régime de la communauté entre époux.

Ragonnet. — Des prélèvements des époux lors de la dissolution de la communauté.

Thomas. — Le libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage. Th., Paris, 1912.

Vignancour. — Le fonds de commerce dans les rapports entre époux. Th., 1928.

Ville-Chabrolle. — La population active des régions libérées en 1906 et en 1921.

Wargnier. — Situation du conjoint d'un commerçant. Th., Paris, 1897.

Législation étrangère

Benckendorf. — Der Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch eine Ehefrau. Potsdam, 1910.

Delattre. — Les droits du conjoint survivant. Etude de législation comparée.

Karsen. — Das Vorbehaltsgut. Breslau, 1905.

Lair. — Etude de droit comparé sur la capacité de la femme. Paris, 1909.

Lesseps. — Les droits de la femme mariée sur ses gains et salaires en France et à l'étranger. Th., Paris, 1910.

Lyon-Caen. — La femme mariée allemande, Th., Paris, 1903.

Morin. — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail (Etude de législation comparée). Th., Caen, 1908.

Salamonski. — Das Vorbehaltsgut der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande des B. G. B. Berlin, 1901.

Schellack. — Der Umfang des Vorbehaltsgutes der Ehefrau beim gesetzlichen Güterstande des B. G. B. Th., Würzburg, 1926.

Strasser. — Art und Umfang des Vorbehaltsgutes der Ehegatten nach dem B. G. B. Heidelberg, 1909.

Wassermann. — Das Vorbehaltsgut der Ehefrau beim Güterstande der Verwaltung und Nutzniessung des B. G. B. Leipzig, 1910.

Articles de revue

Bernard et Bonnecase. — La femme mariée commerçante d'après la loi du 13 juillet 1907. Rev. trim. de dr. civ., 1910, p. 1.

Capitant Henri. — De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux. Rev. crit., 1927, p. 21.

Chéron. — La contribution des époux aux charges du ménage et la loi du 13 juillet 1907. Rev. trim. de dr. civ., 1909, p. 747.

Defrénois. — Contrat de mariage, clause de conservation du fonds de commerce. Rép. gén. du Notariat, 15 juillet 1921, art. 19795.

Fleurent. — L'esprit national dans les lois françaises et allemandes. Publications de l'association des juristes, Strasbourg, 1928.

Gény. — Pour la validité juridique de la clause d'un contrat de mariage permettant au survivant des époux la conservation du fonds de commerce resté propre à l'époux prédécédé. Semaine juridique, 7 et 14 juin 1928.

Moreau. — De la clause de conservation des fonds de commerce. Rec. notarial, 1923, p. 181.

Nast. — Contrat de mariage et constitution de dot. Rev. crit., nov. 1924.

— Contrat de mariage et régimes matrimoniaux. Rev. crit., 1929, p. 385.

— Validité de la clause de conservation d'une exploitation commerciale, industrielle ou agricole, propre à l'un des époux. D. H. Chronique, 1929, p. 37.

— De l'attribution d'un fonds de commerce faite au cours du mariage par l'un des époux au profit de son conjoint pour le cas de la survie de celui-ci. Répert. gén. prat. du Not., 1929, p. 441.

Pic. — Des nullités des sociétés pour cause d'incapacité légale, spécialement de la nullité des sociétés entre époux. Rev. trim. de dr. civ., 1907, p. 489.

Pichon. — Du libre salaire de la femme mariée. Paris, 1908.

Savatier. — Des clauses du contrat de mariage permettant au conjoint survivant de conserver un fonds de commerce ou un train de culture propre au prédécédé. Rép. gén. du Notar., 15 avril 1929, art. 21997.

Sourdois. — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail et la loi du 13 juillet 1907. Rev. trim. de dr. civ., 1907, p. 555.

Valéry. — Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907. Annales de dr. com. 1907, p. 396.

Van den Bossche. — De la disposition par laquelle l'époux prémourant permet au survivant de reprendre sur pièce contradictoire tout ou partie des biens de sa succession. Flandre judiciaire, 1902, p. 465.

Wilhelm. — Le changement du régime des pharmacies en Alsace et en Lorraine et l'indemnité à accorder aux pharmaciens. Rev. jur. Als.-Lorr., 1920, p. 145.

Législation étrangère

Lyon-Caen. — Notice sur la loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée. Annuaire de législation étrangère, 1907, p. 187.

Notes de jurisprudence

Binet	D. 1910. 1. 257
Boutaud	D. 1906. 1. 369
Capitant	D. 1903. 1. 401
„	D. 1923 2. 1
„	D. 1927. 1. 5
„	D. 1927. 2. 161
„	D. 1928. 2. 145
„	D. 1929. 2. 105
Chéron	D. 1919. 1. 110
Colin	D. 1908. 1. 25
Degand	Rev. jur. Als. Lorr. 1930. 170
Dutruc	D. 1880. 1. 361
Esmein	S. 1884. 1. 257
Gény	S. 1928. 2. 33
„	S. 1930. 2. 57
Hémar	S. 1905. 1. 41
Labbé	S. 1890. 1. 49
„	S. 1890. 1. 241
Lacointa	S. 1888. 1. 305
Lalou	D. 1910. 2. 281
„	D. 1913. 2. 17
„	D. 1915. 2. 41
Lyon-Caen	S. 1914. 1. 345
Naquet	S. 1911. 1. 361
Nast	D. 1924. 1. 186
„	D. 1925. 2. 148
„	D. 1927. 1. 169
„	D. 1927. 2. 167
„	D. 1929. 2. 129
Perreau	S. 1924. 1. 313
Planiol	D. 1893. 2. 465
„	D. 1904. 1. 33
„	D. 1906. 2. 161
Thaller	D. 1895. 2. 25
Thomas	D. 1907. 2. 73
Tissier	S. 1906. 1. 177
„	S. 1906. 4. 33
Valéry	D. 1906. 2. 217
Vialleton	S. 1926. 1. 169

TABLE DES MATIERES

Pages

Abréviations 3

Introduction 5

Rôle et importance de la jurisprudence 5
Exception à la règle que la jurisprudence adapte les prescriptions légales aux exigences pratiques: annulation de la clause commerciale 6
Mouvement vers l'indépendance de la femme 7
Atténuation progressive de l'incapacité résultant du mariage 7
Disparition de l'incapacité *propter sexum* 8
Principe constitutionnel de l'égalité des sexes 8
Statistiques relatives à toute la France 9
Statistiques relatives aux régions libérées 11
Statistiques relatives aux départements recouvrés . . 11
Conclusion à tirer de l'étude des statistiques 12
Les deux lois du 1er juin 1924 mettant en vigueur les législations civile et commerciale françaises dans le Bas-Rhin, le Haut-Rhin et la Moselle 13
Plan général 14

Première Partie :

Les différents aspects et les conditions juridiques de l'activité commerciale de la femme mariée 15
Le principe de l'article 1er du code de commerce . . 15

Chapitre I

Les différents aspects de l'activité commerciale de la femme mariée 16
Cinq formes de l'activité commerciale de la femme mariée 16

SECTION I: La femme préposée de son mari commerçant . . 16
La femme détaille les marchandises 17
Ses pouvoirs 17
Controverses jurisprudentielles: A-t-elle le droit ou non de souscrire des acceptations bancaires sans autorisation expresse de son mari? 18
Traites non afférentes au commerce du mari 20
Responsabilité pénale de la femme préposée 21

Pages

Rôle de préposée possible, quelque soit le propriétaire du fonds de commerce exploité 22
La femme mariée, marchande publique dans un commerce séparé et distinct; renvoi 23

SECTION II: Le mari préposé dans le commerce de sa femme. Les deux époux commerçants dans le même fonds de commerce 23
Nos coutumes de l'ancien droit et les articles 5 du code de commerce et 220 du code civil 23

§ 1. **Evolution de la jurisprudence** 24
Interprétation rigoureuse et restrictive de la loi au 19e siècle: la femme, active dans le même commerce que son mari, ne peut être marchande publique . . 24
Rares exceptions au 19e siècle 26
Décisions du 20e siècle se rattachant encore à l'ancienne jurisprudence 27
La nouvelle jurisprudence 30

§ 2. **Explication du revirement de jurisprudence et fondement juridique** 32
Situation de fait, protection des tiers 32
Fondement juridique de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence 32
Présomption *juris et de jure* 33
Présomption *juris tantum* 34
Critérium de M. Guibal 35
Système de M. Margat 36
Proposition 36

SECTION III: L'exploitation d'un fonds de commerce en société 38
Société avec un tiers 38
Société entre époux 38
Nullité absolue d'après la jurisprudence 39
Controverses dans la doctrine 39

Chapitre II

Les conditions de fond et de forme de l'exploitation d'un fonds de commerce par une femme mariée en qualité de commerçante 42
Condition de l'exercice d'un commerce séparé; renvoi 42

SECTION I: Autorisation de faire un commerce 43
Pleine capacité juridique de la femme mariée allemande 43
Situation de la femme mariée dans les trois départements recouvrés 43
Les règles du droit français 44

Pages

§ 1. **Fondement de la nécessité de l'autorisation** . . . 44
L'exigence de l'autorisation est-elle fondée sur l'incapacité de la femme mariée ou sur la puissance maritale? 44
Intérêts pratiques de la controverse 46

§ 2. **Caractères de l'autorisation** 47
Dispense de formes 47
La loi de 1907 a-t-elle supprimé la condition posée par l'article 4 du code de commerce? 49
Présomption d'autorisation en Alsace et en Lorraine . 49
Caractère de généralité de l'autorisation 50
Société avec un tiers 50

§ 3. **Cas particuliers** 51
Femme mariée mineure, mari majeur 51
Femme mariée majeure, mari mineur 53
Les deux époux son mineurs 54

§ 4. **Autorisation par la justice** 55
Elle ne peut suppléer l'autorisation maritale 55
Opinion contraire: l'article 219 du code civil est applicable 56
Système mixte; solution différente pour le cas d'absence ou d'interdiction et le cas de refus du mari 57
Situation dans les départements recouvrés 57

§ 5. **Conséquences du défaut d'autorisation** 58

SECTION II: Formalités à remplir par la femme commerçante 59
Raison d'être de ces formalités 59

§ 1. **Règles applicables dans toute la France** 60
Formalités exigées par les articles 67 et suivants du code de commerce 60
La loi du 10 juillet 1850 61
Critique de ces deux formes de publicité 62
La loi du 18 mars 1919 62

§ 2. **Règles spéciales à l'Alsace et la Lorraine** 63
Modifications relatives aux inscriptions au registre du commerce 64
Publications par le registre matrimonial 65

Deuxième Partie:

Les effets juridiques de l'exploitation d'un fonds de commerce par une femme mariée commune en biens 68

Chapitre I

Pages

Capacité et Pouvoirs de la femme 69
Objet 69

SECTION I: Capacité et pouvoir de contracter 69
Capacité de contracter sans autorisation spéciale . . . 70
Cas où le mari conteste avoir autorisé sa femme à faire le commerce 70
Situation des tiers en Alsace et en Lorraine 71
Société avec un tiers; renvoi 71

§ 1. **Actes étrangers au négoce de la femme** 71
Application de l'article 217 du code civil 71
La présomption de l'article 638 du code de commerce joue pour les billets souscrits par la femme mariée commerçante 72
Possibilité de la preuve contraire 72

§ 2. **Achat et vente d'un fonds de commerce** 73
A. Acquisition d'un fonds de commerce 73
Solutions certaines dans trois hypothèses:
a) Acquisition d'un fonds, en vue de le donner ou de faire un placement de capitaux 73
b) Achats et reventes de fonds; article 632 c. com. . . 73
c) Acquisition d'un fonds avec des biens réservés . . 74
Solutions controversées dans deux hypothèses:
a) Acquisition d'un nouveau fonds 74
b) La femme n'a pas encore exercé le commerce, au moment de l'acquisition du fonds 74
Acquisition conjointe et solidaire par les deux époux 76
B. Vente d'un fonds de commerce 76
Le fonds de commerce fait partie du pécule réservé . 76
Le fonds de commerce est un propre de la femme . 77
Le fonds de commerce est un bien commun; controverses 77
Le fonds de commerce est un propre du mari 78

SECTION II: Capacité d'ester en justice 79
Législations étrangères 79
Droit français; principe de l'article 215 c. civ. 79
Modifications apportées par la loi du 13 juillet 1907 . 79
Cas d'un fonds de commerce, bien réservé 80
Cas d'un fonds de commerce, n'ayant pas cette qualité 80

SECTION III: Nom sous lequel la femme mariée exploite son fonds de commerce 81
Pendant la durée de la communauté 81
Après la dissolution de la communauté 82

Pages

Hypothèse de la mort du mari. — Cas de séparation de corps 82
Hypothèse du divorce 82
1) Fonds de commerce commun 84
2) Fonds de commerce propre 84
Règle pratique à suivre 85
Quelques décisions judiciaires 86

Chapitre II

Les effets des actes commerciaux de la femme 88
Objet 88

SECTION I: Bénéfices et plus-value du fonds 88

§ 1. **Bénéfices résultant de l'exploitation du fonds de commerce** 88

I. **Bénéfices antérieurs au mariage** 88
Droit allemand 88
Droit français 89

II. **Bénéfices réalisés pendant le mariage** 89
Femme préposée 90
Exploitation conjointe des deux époux 90
Femme marchande publique 90
Fonds de commerce, bien réservé 91
Fonds constitué avec des capitaux de tiers 91
Fonds commun, fonds propre au mari, fonds propre à la femme 91
Controverses doctrinales 91

III. **Bénéfices réalisés pendant l'indivision consécutive à la dissolution de la communauté** 92
La loi de 1907 ne s'applique plus 92
Fructus augent hereditatem 93
Jurisprudence de la Cour suprême 93
Présomption en faveur de la masse partageable . . . 95
Justification de la jurisprudence 95
Comparaison avec la situation pendant la durée du mariage 96
Hypothèse de la dissolution de la communauté par voie principale 96

§ 2. **Sort de la plus-value du fonds** 97
Plus-value produite avant le mariage 97

I. **Plus-value produite au cours du mariage** 98
Principe 98
Son application à un fonds de commerce réservé . . 98

Pages

Son application à un fonds de commerce commun ou propre 99

II. **Plus-value acquise pendant la période d'indivision** 100
Principe 101
Son application aux fonds de commerce de différente nature juridique 101

SECTION II: Effets des obligations contractées par la femme dans l'exercice de son commerce 102
Dettes antérieures au mariage 102

§ 1. **Femme autorisée par le mari** 104
Tous les biens répondent des engagements de la femme 104
Actes étrangers au commerce de la femme 105
Obligations nées de délits ou de quasi-délits 106
Fondement et caractère juridiques de l'obligation du mari. Controverse entre jurisprudence et doctrine . 107
Intérêts pratiques de la controverse 107

§ 2. **Femme non autorisée par son mari** 109

I. **Femme autorisée par la justice** 109
Etendue du gage des créanciers 110
Cas spécial des impôts directs 110

II. **Femme sans autorisation aucune** 110
Application du droit commun 110

§ 3. **Effets de la clause de non-concurrence** 111
Rappel des principes généraux 111

I. **Clause stipulée avant le mariage** 112
Controverses jurisprudentielles sur l'effet de la clause 112
Critique du système de la chambre civile 114
Le mari est le prête-nom de la femme 115
Le mari exploite seul un fonds de commerce similaire 115
Volonté des parties 115
Principe de la liberté du commerce et de l'industrie . 116
L'obligation de garantie tombe en communauté . . . 116
Système proposé 117

II. **Clause stipulée pendant le mariage** 117
Le mari concourt à l'acte de vente du fonds 117
La femme vend seule le fonds de commerce 117
a) Elle exerçait le commerce avec l'autorisation maritale 118
b) Elle exerçait le commerce avec l'autorisation judiciaire 119
Résumé 119

Troisième Partie:

Pages

La conservation du fonds de commerce par la femme après la dissolution de la communauté 120

Chapitre I

Les actes contenant la clause commerciale 122
Utilité de la clause 122

SECTION I: La clause commerciale dans les contrats de mariage 123
Formule courante 123
Analyse de la formule et additifs 125

SECTION II: La clause commerciale dans un acte autre que le contrat de mariage 127

§ 1. **La clause commerciale dans un acte de société** . 128
Stipulation pour autrui 128
Controverses jurisprudentielles 128

§ 2. **Insertion de la clause commerciale dans un testament ou une convention au cours du mariage** . 130
Par testament 130
Par convention au cours du mariage 131

Chapitre II

La clause commerciale contenue dans le contrat de mariage et ayant pour objet un fonds de commerce commun 132

SECTION I: Nature juridique et validité de la clause . . . 132

§ 1. **Nature juridique de la clause** 132
Controverses jurisprudentielles 133
Jurisprudence de la Cour de Cassation 133
Doctrine 134
Cas de la femme renonçant à la communauté 134
Qualification de vente 134
Qualification de donation avec charge 135
Qualification de convention de mariage 136
Clause commerciale portant sur une officine de pharmacie ou une herboristerie 137
Situation spéciale à l'Alsace et la Lorraine 138

§ 2. **Conséquences de la nature juridique** 139
Validité de la clause 139
Autres conséquences 139

Pages

SECTION II: Effets de la clause 141

§ 1. **Au cours de la communauté** 141
Principe: pouvoirs illimités du mari 142
Réserves: « *Fraus omnia corrumpit* » 143
Hypothèse de l'article 1423 c. civ. 143

§ 2. **A la dissolution de la communauté** 144
I. Dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux 144
Libre disposition du bénéficiaire sur le fonds 144
Application de l'art. 1166 c. civ. 145
Exercice du droit d'option par les héritiers du survivant 146
Paiement de la valeur du fonds 146
II. Dissolution de la commauté par divorce, séparation de corps ou de biens ou absence 146
1e hypothèse — Prévision du droit d'option seulement pour le cas de dissolution de la communauté pour cause de décès 146
2e hypothèse — Ouverture de la faculté de prélèvement même en cas de dissolution de la communauté du vivant des époux 147
3e hypothèse — Prévision du droit d'option pour le cas de dissolution de la communauté par décès, sans faire de ce mode de dissolution la condition *sine qua non* 147
Application de l'article 299 du code civil 148
Absence 148

Chapitre III

La clause commerciale contenue dans le contrat de mariage et ayant pour objet un fonds de commerce propre 149
Hypothèses dans lesquelles le fonds de commerce est un bien propre 150
1) Libéralité avec exclusion de la communauté 150
2) Fonds de commerce accessoire d'un immeuble propre 150
3) Acquisition d'un fonds à titre d'échange contre un bien propre 150
4) Emploi ou remploi 151

SECTION I: Nature juridique et validité de la clause 152
Attribution gratuite du fonds de commerce 152
Attribution partiellement gratuite 152
Attribution du fonds contre versement de sa valeur . 152

§ 1. **Système de la nullité** 153
Thèse soutenue par M. Capitant 153
Promesse de vente conditionnelle 154

Pages

Argument basé sur la prohibition des pactes sur succession future 154
Jurisprudence 155
Argument basé sur l'article 1389 c. civ. et réfutation . 156
Argument basé sur l'article 826 c. civ. et réfutation . 157

§ 2. **Systèmes de la validité** 158

I. **La clause constitue une convention de mariage** . . 158
Examen du système et critique 159

II. **La clause constitue une institution contractuelle avec charge** 159
A. Réfutation de la théorie de la promesse de vente et réplique 160
1) Le promettant serait lié d'une façon irrévocable . . 160
2) Nullité fondée sur l'article 1174 c. civ. 161
3) Prohibition des ventes entre époux 161
B. Argumentation en faveur de la théorie de l'institution contractuelle avec charge; critique 162
1) Malgré le paiement du prix, la clause présenterait un avantage pour le bénéficiaire 162
2) L'objet de la donation serait le droit d'option . . . 163
3) La donation se caractériserait par la considération de la personne bénéficiaire 163
4) L'intention des parties 164
5) L'institution contractuelle n'est qu'un legs particulier irrévocable 164
Inconvénients de ce système 165

III. **La clause constitue une promesse de vente valable** 166
L'avant-contrat seul est à examiner 167
Contrat *post mortem*. Objection. Réfutation 167
Les éléments du pacte sur succession future font défaut 169
Jugement du 4 juillet 1924 du tribunal de la Seine . . 169
La condition du droit successif 170
Théorie de M. Gény 170
Comparaison avec l'institution contractuelle 171
Arrêt de la Cour de Paris du 5 décembre 1929 . . . 172
Conclusion 173

SECTION II : Effets de la clause 173

§ 1. **Au cours du mariage** 173

I. Prélèvement du fonds à titre gratuit ou partiellement gratuit 174
Effets ordinaires de l'institution contractuelle . . . 174
II. Prélèvement du fonds à charge pour le bénéficiaire de verser l'intégralité de la valeur 174
Simple droit de créance du bénéficiaire 175

Pages

Diverses conséquences 175

§ 2. **A la dissolution du mariage** 176
I. Hypothèse de l'institution contractuelle 176
II. Hypothèse de la promesse de vente 177

SECTION III : Principaux moyens pour se garantir contre la nullité 177
I. Donation avec charge inférieure à la valeur du fonds 178
II. Stipulation de mise en communauté de tout fonds de commerce propre 179
Principe suggéré par un jugement du tribunal civil de Lyon 179
Distinction suivant la cause de dissolution de la communauté 180
Proposition de M. Capitant 180
Difficulté résultant de l'article 299 c. civ. 181
III. Stipulation de la clause commerciale dans les statuts d'une société 181
Stipulation valable d'après l'article 1121 c. civ. 182
Jurisprudenc. Ratification de la clause 182
Forme de la société à responsabilité limitée 182
Conclusion 182

Conclusion 184

Autorisation judiciaire pour la femme mariée de faire le commerce 184
Suppression de l'incapacité de la femme mariée . . . 185
Présomption d'autorisation. Registre matrimonial . . . 186
Application de la loi de 1907 aux bénéfices réalisés par la femme avant le mariage 186
Clause commerciale 186

Table chronologique des arrêts et jugements 187
Table des textes 195
Table alphabétique des matières 198
Bibliographie 203
Table des matières 210

Vu :

Strasbourg, le 23 septembre 1930.

Le Président de thèse :

Marcel NAST

Vu :

Strasbourg, le 1er octobre 1930.

Le Doyen de la Faculté :

I. DUQUESNE

Vu et permis d'imprimer :

Strasbourg, le 3 octobre 1930.

Le Recteur de l'Académie
Président du Conseil de l'Université :

Ch. PFISTER